Die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer hohen rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock.

Vorgelegt von
Martha Hempel
aus Lübeck.

1931.

Druck von Hans Brüggmann, Lübeck.

Referent:
Prof. Dr. Walsmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Inhalt.

Seite

Einleitung 7

1. Abschnitt: Das Wiederaufnahmeverfahren.

I. Die Natur des Wiederaufnahmeverfahrens 9

II. Sicherheitsmaßnahmen vor der Wiederaufnahme 11

III. Voraussetzungen der Wiederaufnahme.

a. Formelle Voraussetzungen 13

b. materielle Voraussetzungen 18

IV. Der Wiederaufnahmebeschluß 19

V. Durchführung des Verfahrens 20

VI. Beendigung des Verfahrens 26

2. Abschnitt: Subjekte des Verfahrens.

I. Die Gläubiger 29

II. Der Gemeinschuldner 33

III. Der Konkursverwalter und Gläubigerausschuß 34

IV. Das Konkursgericht 36

3. Abschnitt: Objekt des Verfahrens.

I. Die Masse 38

II. Anfechtung von Rechtshandlungen . . 39

III. Aufrechnungsbefugnisse im Wiederaufnahmeverfahren 44

4. Abschnitt:

I. Kollision von Konkurseröffnung und Wiederaufnahme 45

II. Wiederaufnahme nach inzwischen beendetem Neukonkurs 48

Schlußbetrachtung 50

Einleitung.

Die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens.

Das in unserer Konkursordnung geregelte Konkursverfahren endet regelmäßig mit der Aufteilung des gemeinschuldnerischen Vermögens unter die Gläubiger. Die Konkursordnung läßt außerdem aber die Erledigung durch den sog. Zwangsvergleich zu, einem vom Konkursgericht bestätigten Vertrag zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht bevorrechtigten Gläubigern, in dem die Gläubiger gegen eine bestimmte Leistung auf die weitere Durchführung des Konkurses und auf die Nachforderung eines etwaigen Ausfalls verzichten. (§ 173/174 KO.). Der Zwangsvergleich ist, rein praktisch gesehen, oft der regelmäßigen Beendigung des Konkurses vorzuziehen, da er zwei Vorteile bietet: er gewährt dem Gemeinschuldner die Möglichkeit, von einem Teil seiner Schulden ganz frei zu werden oder doch wenigstens eine längere Stundung zu bekommen. Der Gemeinschuldner erhält, da die oft Monate und Jahre dauernde Durchführung des Konkurses nicht mehr nötig ist, die Verfügung über sein Vermögen wieder, sodaß er schneller zur Gründung einer neuen wirtschaftlichen Existenz kommt. Dieser Vorteil kommt auch den Gläubigern zugute, da sie auf diese Weise eher Gelegenheit haben, durch erneute Geschäftsverbindung mit dem Schuldner ihre erlittenen Verluste wieder auszugleichen; sie erhalten schnell einen Teil ihrer Forderung, der fast regelmäßig die im Konkursverfahren zu erwartende Dividende übersteigen wird. Allerdings geben sie den andern Teil ihrer Forderung auf, denn in bezug auf den Ausfall beim Zwangsvergleich bleibt nur eine Naturalobligation bestehen, während das Gesetz an den Tabelleneintrag einer konkursmäßig festgestellten Forderung die Wirkung eines rechtskräftigen und vollstreckbaren Urteils knüpft (§ 164 KO.). Doch ist dieser Teil ihrer Forderung gerade heute meist nur theoretisch, da vielfach Mittel und Wege gefunden werden, die den Schuldner rechtlich nie wieder zu eigenem Vermögen kommen lassen, wenn es auch faktisch vorhanden ist, um eben eine spätere Befriedigung der Gläubiger zu verhindern.

Wenn gesagt worden ist, daß die Erledigung des Konkurses durch Zwangsvergleich sowohl dem Schuldner

wie den Gläubigern zum Vorteile wäre, so sind doch die näheren gesetzlichen Bestimmungen über den Zwangsvergleich vornehmlich als Schutz für die Gläubiger gedacht, da auch die Gläubiger, die nicht für den Zwangsvergleich stimmen, durch den Willen der Mehrheit — das Gesetz verlangt einfache Stimmen- und qualifizierte Forderungsmehrheit (§ 182 KO.) — gebunden werden (Zwangsvergleich). Dem Schutz der Gläubiger dient der § 175 KO, der die Unzulässigkeit des Zwangsvergleichs bei gewissen gesetzlich festgelegten Voraussetzungen betont. Die §§ 174, 176 KO. enthalten einige Erfordernisse für den Zwangsvergleich bei deren Fehlen der Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners zurückgewiesen wird. Auch § 184, der die Bestätigung des angenommenen Zwangsvergleichs durch das Konkursgericht vorschreibt, ist zu Gunsten der Gläubiger geschaffen.

Außerdem ist in allen Fällen des betrügerischen Bankerotts der Zwangsvergleich unzulässig, da in jedem betrügerischen Bankerott die Absicht der Gläubigerbenachteiligung enthalten ist. Ist das Zwangsvergleichsverfahren eingeleitet, und wird der Gemeinschuldner darauf wegen betrügerischen Bankerotts rechtskräftig verurteilt, so ist sein Vergleichsvorschlag gemäß § 175, 3 KO. zurückzuweisen; ist der Vergleichsvorschlag schon angenommen, so ist er nach § 185 zu verwerfen.

Ist der Zwangsvergleich rechtskräftig bestätigt und damit wirksam geworden, so kann trotzdem noch aus zwei Gründen seine Unwirksamkeit herbeigeführt werden.

Zunächst kann nach § 196 jeder Gläubiger den vergleichsmäßigen Erlaß seiner Forderung anfechten, wenn der Zwangsvergleich durch Betrug zustande gekommen ist. Voraussetzung der Anfechtungsklage ist Betrug, der im Kausalzusammenhang stehen muß mit dem Zustandekommen des Zwangsvergleichs. Unter Betrug ist wohl nicht nur der strafrechtliche des § 263 Str. G. B., sondern jede arglistische Täuschung im Sinne des § 123 BGB. zu verstehen.

Die Anfechtung nach § 196 steht jedem durch den Zwangsvergleich betroffenen Gläubiger zu. Sie wirkt aber nur zu Gunsten des anfechtenden Gläubigers; dagegen hebt die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrügerischen Bankerotts nach der Bestätigung des Zwangsvergleichs für alle Gläubiger ohne Anfechtung oder anderweitige Geltendmachung den durch

den Zwangsvergleich begründeten Erlaß auf, unbeschadet der ihnen durch den Vergleich eingeräumten Rechte (§ 197 K. O.).

Das Gesetz gibt in solchem Fall den Gläubigern sogar trotz Rechtskraft und Bestätigungsbeschluß eine restitutio in integrum, indem das durch den Zwangsvergleich beendigte Konkursverfahren im Falle der rechtskräftigen Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrügerischen Bankerotts auf Antrag eines Gläubigers wieder aufgenommen werden kann. Diese Maßnahmen der §§ 198 ff. KO., die einzig und allein zu Gunsten der Gläubiger bestimmt sind, sind äußerst gerecht, denn wenn der Schuldner das ihm von seinen Gläubigern gewährte Vertrauen durch sie benachteiligende Täuschungen mißbraucht, so muß er seiner durch den Zwangsvergleich entstandenen Vorteile wieder verlustig gehen; ebenso ist es billig, den Gläubigern durch ein Wiederaufnahmeverfahren Gelegenheit zu geben, ihre im Zwangsvergleich erlassene Forderung gegen den Gemeinschuldner von neuem geltend zu machen. Die Gläubiger sollen die Möglichkeit haben, nachträglich schnell das wieder zu erlangen, was ihnen durch den Zwangsvergleich vereitelt wurde, — nämlich eine konkursmäßige Befriedigung!

1. Abschnitt.

Das Wiederaufnahmeverfahren.

I. Die Natur des Wiederaufnahmeverfahrens.

Das Wiederaufnahmeverfahren interessiert besonders durch eine Eigenart, die das Verfahren charakterisiert, die bei näherer Eingehung immer wieder auffällt und alleine den Aufschluß gibt über sonst nicht zu erklärende Maßnahmen und Regelungen in den §§ 198-201 KO, — das ist die Doppelnatur des Wiederaufnahmeverfahrens! Es ist sowohl fortgesetztes Erstkonkursverfahren wie auch neues Verfahren. Bei dieser Erkenntnis drängt sich unwillkürlich die Frage auf: ist das Wiederaufnahmeverfahren in erster Linie Fortsetzung des alten Verfahrens oder stellt es zur Hauptsache ein neues Verfahren dar?

Rein objektiv betrachtet und nicht auf Einzelheiten abgestellt, muß man zu dem Schluß kommen, daß

das Wiederaufnahmeverfahren vorwiegend fortgeführtes Erstkonkursverfahren ist. Denn es dient mittelbar dem Zweck des Erstkonkurses und findet nur statt, um den alten Gläubigern eine ihnen durch den Zwangsvergleich und durch die betrügerischen Handlungen des Gemeinschuldners versagte Befriedigung ihrer Konkursforderungen zu verschaffen. Ja, das Wiederaufnahmeverfahren stützt sich sogar auf denselben Konkursgrund des Erstverfahrens, es ist keine erneute Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners, wie sie § 102 zu einem Neukonkurs vorschreibt, erforderlich, um einen Antrag auf Wiederaufnahme zu rechtfertigen; Konkursgrund ist allein die vor der Eröffnung des Hauptkonkurses erfolgte Zahlungseinstellung. Als weiterer Beweis der Fortsetzung des früheren Verfahrens dient der § 201, der davon spricht, daß das Verfahren soweit als nötig zu wiederholen ist. Daraus ersieht man, daß nur ein Teil der konkursrechtlichen Maßnahmen des ersten Verfahrens zu wiederholen ist, ein anderer Teil aber ipso iure seine Gültigkeit behält. Wäre das Wiederaufnahmeverfahren aber Neukonkurs mit der einzigen Modifikation, daß kein Konkursgrund vorzuliegen braucht, so würde trotzdem ein vollständiges Konkursverfahren nötig sein. Noch andere wichtige Umstände sprechen für die Fortsetzung des alten Verfahrens: die Übernahme der Verwaltung durch den alten Konkursverwalter (nach Möglichkeit), die Zuständigkeit des früheren Gerichtes, die Überflüssigkeit der Prüfung früher bereits geprüfter Forderungen, soweit sie inzwischen nicht getilgt sind usw.

Aber auch die entgegengesetzte Ansicht [1]), die das Wiederaufnahmeverfahren hauptsächlich als neues Verfahren hinstellt, bringt ihre guten Gründe dafür: teilzunehmen berechtigt am Wiederaufnahmeverfahren sind auch die neuen Gläubiger, woraus folgt, daß auch die Masse des früheren Konkurses eine Erweiterung erfahren muß, indem nämlich das nach der ersten Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner erworbene Vermögen hinzukommt, also entsteht gegenüber dem Erstkonkurs ein recht verändertes Bild! Diese sicherlich überzeugenden Momente spielen aber gegenüber den erstgenannten nur eine subsidiäre Rolle. Die Teilnahme der neuen Gläubiger ist überhaupt nur möglich nach beantragtem bzw. eröffnetem Wiederaufnahmeverfahren, das wiederum bedingt ist durch die Tatsache, daß der Gemeinschuldner eines früheren durch Zwangs-

[1]) Vgl. Roeder S. 20.

vergleich beendigten Konkurses wegen betrügerischen Bankerotts rechtskräftig verurteilt ist. Ist die Wiederaufnahme nicht erfolgt, und liegt auch kein neuer Konkursgrund vor, (praktisch durchaus möglich) dann ist den neuen Gläubigern auch keine Gelegenheit gegeben ihre Ansprüche konkursmäßig durchzusetzen.

Die Einzelheiten zusammenfassend, stimme ich dem Satz Oetkers[1]) bei: „Das Wiederaufnahmeverfahren ist zugleich fortgesetztes Erstkonkursverfahren und neues Konkursverfahren", indem ich das Hauptgewicht auf die Fortsetzung lege.

Die Konsequenzen, die sich aus der Doppelnatur des Wiederaufnahmeverfahrens ergeben, bedingen natürlich eine im Vergleich zu einem gewöhnlichen Konkurs besondere Behandlung des Verfahrens, die sich vor allem in den §§ 199 und 201 zeigt, aber auch sonst im Laufe der Abhandlung auffallen wird.

II. Sicherheitsmaßregeln vor der Wiederaufnahme des Konkursverfahrens.

Ist der Antrag auf Wiederaufnahme des Konkurses von einem Gläubiger gestellt, so kann das Gericht entsprechend der Konkurseröffnung (§ 106 KO) von sich aus die nötigen Sicherheitsmaßregeln anordnen. Aber auch vorher, schon vor der Rechtskraft der Verurteilung, kann das Gericht, aber nur auf Gläubigerantrag, gegen den Gemeinschuldner Sicherheitsmaßregeln erlassen. (§ 197 Abs. 2 KO). Das Gericht muß die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung und damit die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Konkurses als gegeben erachten, andernfalls weist es den Antrag zurück. Ein Sicherungsanspruch besteht also nicht.

Die ratio legis des § 197,2 ist die Sicherung der Masse für den wiederaufzunehmenden Konkurs. Die Bestimmung ist geschaffen zur Wahrung der Gläubigerrechte, die gerade im Falle des betrügerischen Bankerotts in den Vordergrund treten müssen.

Gegen die Anordnung der Sicherheitsmaßnahmen steht dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu. Ebenso dem Antragsteller bei Ablehnung des Antrags.[2])

1) Fragen S. 80.

2) So auch die herrschende Meinung, vgl. Wolff § 197,2. Seuffert S. 448 u. a.

Anderer Meinung ist nur Kohler [1]), der dem Antragsteller kein Beschwerderecht gibt, weil die Gewährung des Antrags in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist. Kohlers Auffassung ist nur insoweit richtig, als das Gericht innerhalb seiner Ermessensschranken abweist. Dann hat der Antragsteller kein Beschwerderecht, bei Nichtinnehaltung der gesetzlichen Schranken aber muß ihm das Recht auf Beschwerde zugebilligt werden. Es ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen, daß das Gericht, auch wenn es die Anordnung der Sicherheitsmaßnahmen für zweckdienlich hält, aus Willkür heraus den Sicherungsantrag ablehnen kann; diese Ansicht würde im Gegenteil in scharfem Widerspruch stehen zum § 73 KO., der bestimmt, daß gegen Entscheidungen im Konkursverfahren die sofortige Beschwerde stattfindet, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt.

Sobald feststeht, daß das anhängige Strafverfahren nicht zu einer rechtskräftigen Verurteilung wegen betrügerischen Bankerotts führen wird, müssen die Sicherheitsmaßregeln von Amts wegen wieder aufgehoben werden.

Über den Absatz 2 des § 197 ist in der Literatur viel gestritten worden, vor allem teilen sich die Meinungen darüber, was man unter den Worten : "vor der rechtskräftigen Verurteilung" versteht.

Der Anfangszeitpunkt für die Antragstellung der Sicherheitsmaßnahmen ist für einige Autoren im Augenblick der Einleitung der strafrechtlichen Voruntersuchung wegen betrügerischen Bankerotts [2]). Andere machen die Stellung des Sicherungsantrages von der Erhebung der öffentlichen Klage abhängig [3]). Hullmann [4]) allein verlangt Eröffnung des Hauptverfahrens.

Überlegt man sich den Zweck des Sicherungsantrages, so kommt man ohne weiteres zu dem Ergebnis, daß das strafrechtliche Verfahren wohl eingeleitet sein muß — indirekt setzt § 197 die Einleitung voraus mit den Worten „vor rechtskräftiger Verurteilung" — daß es aber nicht darauf ankommt, in welchem Stadium es sich befindet. In dem Augenblick, wo ein Verfahren gegen den Gemeinschuldner wegen betrügerischen Bankerottes schwebt, und die Gläubiger die Aussicht haben, durch Verurteilung

[1]) Lehrbuch § 104.
[2]) Wilmowski § 197, Petersen-Kleinfeller § 197 Abs. 3.
[3]) Fitting § 50,6
[4]) § 183,4

des Schuldners, daß der durch den Zwangsvergleich begründete Erlaß aufgehoben wird, und sie die Wiederaufnahme des Konkurses beantragen können, will das Gesetz ihnen auch die Möglichkeit des Sicherungsantrags geben, um sie vor einer nochmaligen Ausbeutung zu schützen.

Das Gericht kann dieselben Sicherheitsmaßregeln anordnen, wie im Falle des § 106 und nicht nur wie Wilmowski[1]) mit Unrecht meint, die vom Gläubiger beantragten, nur seine Person betreffenden, da die anderen Gläubiger vielleicht keinen Gebrauch von der im § 197 Abs. 2 gegebenen Möglichkeit machen wollen. Oetker[2]) argumentiert dagegen richtig, daß die Maßregeln bestimmungsgemäß allen Interessenten zugute kommen müßten und nie lediglich spezielle Bedeutung für bestimmte Gläubiger, insbesondere für den Antragsteller, haben dürften.

Denkt man daran, daß das Wiederaufnahmeverfahren, und in den meisten Fällen wird nach erfolgter rechtskräftiger Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrügerischen Bankerotts mit einem solchen zu rechnen sein, dem Interesse aller Gläubiger dienen soll, so schließt man sich unbedingt der Ansicht Oetkers an, denn die Sicherheitsanordnungen dienen doch gerade dazu, die Masse zu sichern, um weiteren Schaden zu verhüten und somit allen Gläubigern und nicht nur einzelnen Vorteile zu bieten.

III. Voraussetzungen der Wiederaufnahme.

a) Formelle Voraussetzungen.

Ehe auf das Verfahren selbst eingegangen wird, sind zunächst die Voraussetzungen (teils formeller teils materieller Art) zu untersuchen, die für die Wiederaufnahme des Konkurses durch das Gesetz vorgeschrieben sind. Schon bei den Voraussetzungen ist zu sehen, daß der wiederaufgenommene Konkurs ein besonderer Konkurs ist, da die gesetzlichen Regelungen über die Voraussetzungen häufig von denen eines Neukonkurses abweichen.

Die Wiederaufnahme des Konkurses im Falle der rechtskräftigen Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrügerischen Bankerotts erfolgt nicht von Amts wegen;

---

[1]) § 197 Abs. 2.

[2]) S. 197. Vgl. auch Jaeger § 197, 2, Wolff § 197, 2 und Seuffert S. 448.

da die Wiederaufnahme nur ein Recht der Gläubiger ist, ist sie bedingt durch den Antrag eines Konkursgläubigers (§ 198 Abs. 1 KO) [1]. Vom Gemeinschuldner kann der Antrag auf Wiederaufnahme nicht gestellt werden, sondern nur von den früher nicht voll befriedigten Konkursgläubigern; Empfang der vollen Vergleichsrate steht dem Antragsrecht nicht entgegen. [2]

Die herrschende Meinung in der Literatur vertritt den Standpunkt, daß unter Konkursgläubigern des § 198 Abs. 1 nur die alten Gläubiger zu verstehen sind, nur solche, die am früheren Konkurs teilgenommen haben. [3] Die Ansicht, auch neue und durch den betrügerischen Bankerott nicht betroffene Gläubiger können den Wiederaufnahmeantrag stellen, vertreten u. a. Kleinfeller [4] und Kohler [5] der sagt, daß auch die neuen Gläubiger teilhaben an dem neueröffneten Konkurs, da sie für den neueröffneten Konkurs Konkursgläubiger sind. Nach dieser Ansicht würden Gläubiger, die weder durch den Zwangsvergleich noch durch den betrügerischen Bankerott Rechte eingebüßt haben, eine Konkurswiederaufnahme betreiben können, die eigens zu Gunsten der durch die betrügerischen Handlungen des Schuldners geschädigten Gläubiger geschaffen wurde. Warum soll den neuen Gläubigern dieses Vorrecht gegeben werden? Bei Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners können sie ja jederzeit Konkurs beantragen und in dem neuen Konkursverfahren ihre Forderungen geltend machen. Ist der Schuldner aber nicht insolvent, so wäre es eine unberechtigte Härte gegen ihn, wenn ein neuer Gläubiger die Wiederaufnahme des Konkurses herbeiführen könnte.

Bestärkt wird diese Auffassung, daß nur Gläubiger des früheren Verfahrens antragsberechtigt sind, durch den § 200 Abs. 2, der ausdrücklich nur von der „Teilnahme" der neuen Gläubiger am wiederaufgenommenen Konkurs spricht. Eine Teilnahme ist aber nur möglich, wenn das Verfahren bereits im Gange ist; also ersieht man auch daraus, daß neuen Gläubigern das Recht des Antrags auf Wiederaufnahme des Konkurses zu versagen ist.

---

[1] Anders im französischem Recht.
[2] Jaeger § 198 Abs. 3.
[3] Bleyer § 198 Abs. 3, Mentzel § 198 Abs. 1 u. a.
[4] § 198 Abs. 2.
[5] Lehrbuch § 77.

Zweifelhaft kann weiter sein, ob unter den „Konkursgläubigern" des § 198 auch die im früheren Konkurs bevorrechtigten Gläubiger zu verstehen sind, also solche, die nicht zu den Akkordgläubigern gehören, an deren Rechte infolgedessen der Zwangsvergleich nichts geändert hat. Man muß ihnen wohl trotzdem ein Antragsrecht zubilligen, denn wenn sie auch nicht am Zwangsvergleich beteiligt waren, so haben sie doch wegen der betrügerischen Handlungen des Gemeinschuldners ein berechtigtes Interesse an der Wiederaufnahme des Konkurses, es sei denn, daß sie im Erstkonkurse volle Befriedigung erlangt haben oder ihre Forderungen gemäß § 191 Abs. 2 sicher gestellt wurden. [1]) Dagegen vertreten Seuffert [2]) und Bleyer [3]) die Meinung, daß wohl jeder vom Zwangsvergleich betroffene Gläubiger das Recht hat, eine Konkurswiederaufnahme herbeizuführen, nicht dagegen ein unbefriedigt gebliebener bevorrechtigter Gläubiger, weil an seinem Rechte der Zwangsvergleich nichts geändert habe, und deswegen auch die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrügerischen Bankerotts nichts daran ändern könne. Die bevorrechtigten Gläubiger könnten deshalb wohl einen neuen Konkurs, nicht aber Wiederaufnahme des früheren Konkurses beantragen.

Praktisch wird diese Frage meistens gegenstandslos sein, da die bevorrechtigten Gläubiger vor Abschluß des Zwangsvergleichs befriedigt sein sollen.

Stellt ein alter Gläubiger den Antrag auf Wiederaufnahme, so muß er glaubhaft machen, daß er noch eine Forderung gegen den Gemeinschuldner hat — Bezugnahme auf die Tabelle des früheren Konkurses wird genügen — andernfalls müßte das Gericht den Antrag wegen mangelnden Interesses des Gläubigers zurückweisen, analog § 105 KO.

Eine Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit, wie sie § 5 für die Konkurseröffnung vorschreibt, ist nicht nötig, da nicht die Zahlungsunfähigkeit, sondern die rechtskräftige Verurteilung des Schuldners wegen betrügerischen Bankerotts Konkursaufnahmegrund ist. Deshalb genügt die im früheren Konkurs festgestellte Zahlungsunfähigkeit.

Auch die Tatsache der rechtskräftigen Verurteilung muß glaubhaft gemacht werden, damit das Gericht nicht

---

[1]) Fitting § 50,7, Mentzel § 198,1, Jaeger § 198,III.
[2]) S. 448,I.
[3]) § 198,3.

bei einem vorliegenden Antrag amtliche Nachforschungen nach dem evtl. ergangenen Strafurteil anzustellen hat; so Jaeger[1]), dagegen Wilmowski[2]) und Hellmann[3]), die die Glaubhaftmachung nicht für genügend erklären, sondern einen direkten Nachweis der Verurteilung verlangen.

Da die Bestimmungen des § 105 KO. für die Konkurseröffnung bei der Wiederaufnahme analog anzuwenden sind, so ist nicht zu verstehen, weshalb der Konkursaufnahmegrund — nämlich die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners — anders zu behandeln ist als der gewöhnliche Konkursgrund — die Zahlungsunfähigkeit! Oetker[4]) argumentiert richtig, indem er sagt, es könne nicht Absicht des Gesetzgebers sein, für die Wiederaufnahme vom Gläubiger mehr zu fordern als für die Eröffnung.

Eine Abweichung von der analogen Anwendung des § 105 KO. ist hier durchaus nicht grundlos nötig. Praktisch ist es insofern ohne Bedeutung, als in den meisten Fällen für das Konkursgericht sowohl die Eigenschaft des Antragstellers als Vergleichsgläubiger wie auch die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners notorisch sein wird, und notorische Tatsachen bedürfen nach § 291 ZPO. keines Beweises.

Der Gemeinschuldner wird über den Antrag regelmäßig zu hören sein (entsprechend § 105 Abs. 2 KO.) Der Sinn dieser Bestimmung ist auch hier der, daß dem Schuldner Gelegenheit gegeben werden muß, alles vorzubringen, was er gegen die Wiederaufnahme des Verfahrens geltend machen kann: Mangel der Prozeßfähigkeit des Antragstellers bezw. der Legitimation seines Vertreters, Nichtbestehen der Forderung, Eröffnung eines neuen Konkurses bei einem andern Gericht etc.

Es wäre eine grundlose Benachteiligung des Schuldners, wenn ihm diese Möglichkeit nicht gegeben würde. Diese Ansicht, ein besonderes Zulassungsverfahren und folglich eine der Entscheidung vorhergehende Anhörung des Schuldners sei nicht nötig, wird von Hellmann[5]) vertreten.

---

1) § 198 Abs. 3.
2) § 198 Abs. 3.
3) § 56.
4) Fragen S. 81.
5) § 56.

Es ist nicht klar, weshalb nicht auch beim Wiederaufnahmeverfahren der Schuldner die Möglichkeit der Abwendung haben soll, wenn er Gründe dafür vorbringen kann. Diese Auffassung haben auch Wolff [1]), Jaeger [2]), Mentzel [3]) und Bleyer [4]). Seuffert [5]) nimmt eine Zwischenstellung ein, indem er meint, das Gericht könnte zwar den Gemeinschuldner hören, aber nötig wäre es nicht, denn die Vorschriften des § 105 Abs. 2 und 3 über Anhörung des Schuldners eigneten sich nicht für entsprechende Anwendung auf das Wiederaufnahmeverfahren, weil der Aufnahmegrund, das ist die Verurteilung, im Gegensatz zur Zahlungsunfähigkeit eine Tatsache wäre, über die der Schuldner nichts zu erklären hätte.

Wie oben schon dargelegt, beschränkt sich das Vorbringen des Schuldners aber durchaus nicht auf den Konkursgrund, sodaß man mit Jaeger [6]) sagen kann, daß entsprechend dem § 105 Abs. 2 die Anhörung des Schuldners geboten und nicht nur möglich sein dürfte.

Die Konsequenz der analogen Anwendung des § 105 gibt dem Konkursgericht auch das Recht, die Anhörung des Schuldners unter Prüfung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit eventuell durch zwangsweise Vorführung analog § 106 möglich zu machen.

Eine weitere Voraussetzung für die Wiederaufnahme des Konkurses ist das Vorhandensein genügender Masse bzw. eines Vorschusses, der zur Deckung der im § 58 Abs. 1 und 2 bezeichneten Massekosten ausreicht (§ 198 KO.). Der Aufnahmeantrag kann also zurückgewiesen werden, wenn die vorhandene Masse so gering ist, daß sie nicht einmal die Kosten des Wiederaufnahmeverfahrens decken würde. Die Abweisung des Antrages muß unterbleiben, wenn der Antragsteller oder ein Dritter einen Geldbetrag vorschießt, der zur Deckung der Kosten für das Verfahren wie auch für die Ausgaben für die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse ausreicht. Die Regelung des § 198 entspricht dem § 107, der für die Eröffnung eines Neukonkurses auch genügende Masse bzw. Kostenvorschuß verlangt, nur mit dem Unter-

1) § 198, III.
2) § 198, III.
3) § 198, II.
4) § 198, III.
5) § 58.
6) § 198, III b.

schied, daß nach dem Wortlaut des § 107 die Abweisung in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist, während der Antrag auf Wiederaufnahme bei mangelnder Kostendeckung abgewiesen werden muß [1]).

Zu beachten ist, worüber später mehr zu sagen ist, daß zur Masse alles dem Gemeinschuldner zur Zeit des Antrags gehörige Vermögen zählt — die Masse ist nicht identisch mit der Hauptkonkursmasse!

b) Materielle Voraussetzungen der Wiederaufnahme.

Was die materiellen Voraussetzungen für die Wiederaufnahme betrifft, so muß vor allem ein Erstkonkurs stattgefunden haben, der durch Zwangsvergleich beendigt worden ist, und eben wegen dieses Konkurses muß der Gemeinschuldner nach § 239 KO. rechtskräftig verurteilt worden sein; der betrügerische Bankerott muß in engem Zusammenhang stehen mit dem Zwangsvergleich!

Denn ist der Schuldner wegen eines andern nicht mit dem Zwangsvergleich im Zusammenhang stehenden betrügerischen Bankerotts verurteilt worden, dann haben die Gläubiger wohl einen Anspruch auf Eröffnung eines neuen Konkurses bei vorliegender Zahlungsunfähigkeit des betrügerischen Schuldners, nicht aber haben sie den Anspruch auf Wiederaufnahme des durch Zwangsvergleich beendigten Konkurses. Dieses erklärt sich sofort, wenn man das Wesen, den Zweck des Wiederaufnahmeverfahrens bestimmt: Die Gläubiger haben dem Schuldner Vertrauen geschenkt, sie haben sich mit einem Teil ihrer Forderung zufrieden gegeben und auf die Vollstrekkung ihrer Restforderung verzichtet. Der Schuldner hat aber durch unredliche Handlungen ihre Rechte geschmälert. Hätten die Gläubiger von den Machenschaften des Schuldners gewußt, dann hätten sie sich gewiß nicht auf den Zwangsvergleich eingelassen, sondern eine Konkursdurchführung gefordert. Der Gesetzgeber will mit dem § 198 den betrogenen Gläubigern Gelegenheit geben, ihre durch den Zwangsvergleich beeinträchtigten Rechte möglichst schnell wieder zu erlangen. Er gibt ihnen einen Konkursaufnahmeanspruch, obwohl kein eigentlicher Konkursgrund vorhanden ist.

---

[1]) Vgl. Jaeger zu § 105 und § 107 und Wolff § 198 Abs. 4.

Wird in einem wiederaufgenommenen Strafverfahren der Schuldner wegen des betrügerischen Bankerottes freigesprochen, so hebt dieser Freispruch die Verurteilung und damit logischerweise auch die Wiederaufnahme auf. Dagegen gibt nachträgliche Begnadigung des Schuldners keinen Grund die Wiederaufnahme auszuschließen, weil die Zulässigkeit der Konkursaufnahme nicht Straffolge des Deliktes ist [1]). Begnadigung ist nur ein Gnadenakt der Staatsgewalt, beseitigt aber nie das Strafurteil und seine Folgen.

Stirbt der Gemeinschuldner oder wird er geisteskrank, und infolgedessen seine Verurteilung wegen betrügerischen Bankerotts nicht mehr möglich, so kann eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht mehr stattfinden. Der durch den Zwangsvergleich bestätigte Forderungserlaß bleibt in solchen Fällen also bestehen. [2]) Das Fazit der Erläuterungen ergibt also, daß im Gegensatz zum Neukonkurs, wo die Zahlungsunfähigkeit bezw. in einigen Fällen die Überschuldung die materielle Grundlage zur Konkurseröffnung bildet, für den wiederaufgenommenen Konkurs die rechtskräftige Verurteilung wegen betrügerischen Bankerotts die alleinige sachliche Voraussetzung ist.

IV. Der Wiederaufnahmebeschluß.

Sind bei der Prüfung die besprochenen Voraussetzungen für die Konkurswiederaufnahme gegeben, so wird die Konkursaufnahme vom Gericht beschlossen (§ 198 Abs. 2 S. 2 KO.); und zwar erfolgt der Beschluß durch das frühere Konkursgericht (Näheres siehe im Abschnitt über das Konkursgericht). Die Bestimmungen über den Eröffnungsbeschluß (§§ 108 ff. KO.) finden entsprechende Anwendung, da die Konkursaufnahme nur modifizierte Konkurseröffnung ist. Der Aufnahmebeschluß muß die Stunde der Eröffnung angeben, beides ist öffentlich bekannt zu machen (§ 111 KO.). Wichtigist die Angabe der Zeit wegen der im Augenblick der Konkursaufnahme eintretenden Wirkungen, wie z. B. die beschränkte Verfügungsmacht des Schuldners usw. Ist es versäumt worden, die Stunde anzugeben, so gilt analog § 108 Abs. 2 als Zeitpunkt der Wiederaufnahme die Mittagsstunde des Tages,

1) Oetker, Fragen S. 82.
2) Mentzel, § 197, I u. Jaeger 197, I.

an dem der Beschluß erlassen ist. Ferner ist der Wiederaufnahmebeschluß den Dienstbehörden, den Registerbehörden und dem Grundbuchamt mitzuteilen (§ 112 KO.), sowie auch in das Grundbuch und in das Handelsregister einzutragen (§ 113 KO. und § 32 HGB.). Die Eintragung ins Grundbuch bezweckt den Ausschluß des guten Glaubens bei demjenigen, der nach Konkursaufnahmebeschluß vom Gemeinschuldner ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück erwerben will. Gemäß § 118 erläßt das Konkursgericht den offenen Arrest, bestimmt die Anmeldefrist und den allgemeinen Prüfungstermin; nötig sind diese Maßnahmen bei der Wiederaufnahme schon wegen der neuen Gläubiger und wegen der Veränderung der Masse. Es ernennt den Konkursverwalter, ordnet einen Termin an zur Beschlußfassung über die evtl. Wahl eines andern Verwalters, sowie über die Bestellung eines Gläubigerausschusses.

V. Durchführung des Verfahrens.

Über die Durchführung des Wiederaufnahmeverfahrens finden sich in den §§ 198 ff. wenig Bestimmungen, sodaß auch bei der Durchführung wie beim Wiederaufnahmebeschluß die Regelung des gewöhnlichen Konkursverfahrens bei Fehlen von gesetzlichen Normen heranzuziehen ist. Der wieder aufgenommene Konkurs verläuft also im allgemeinen ebenso wie ein neu eröffneter Konkurs.

§ 201 sieht eine beschränkte Verfahrenswiederholung vor. „Das Verfahren ist soweit als möglich zu wiederholen". Daraus ersieht man, daß im Wiederaufnahmeverfahren Bezug genommen werden soll auf den Erstkonkurs, daß jede konkursrechtliche Maßnahme, die irgend überflüssig erscheint, nicht wiederholt werden soll. Die ratio legis wird die sein, das Konkursgericht, das schon mit dem Erstkonkurs und dem damit verbundenen Zwangsvergleich genug Mühe hatte, nicht mit unnötiger Arbeit zu beschweren.

§ 201 bestimmt die Grenze der zu wiederholenden und nicht zu wiederholenden Verfahrensakte mit der Notwendigkeit, einem relativen Begriff, der denn auch in der Literatur verschieden aufgefaßt wird.

§ 201 läßt mit dem Wortlaut "soweit als nötig" deutlich erkennen, daß der wiederaufgenommene Konkurs

zur Hauptsache Fortsetzung des früheren ist, und daß daher Wiederholungen nur soweit nötig sind, als durch das neu hinzugekommene Vermögen wie auch durch die neuen Gläubiger eine Erweiterung des Verfahrens bedingt wird. Im großen und ganzen wird man bei Erwägung der einzelnen zu wiederholenden bzw. nicht zu wiederholenden Handlungen am besten Zweckmäßigkeitsgründe berücksichtigen und sich ganz nach den von Fall zu Fall anders liegenden Verhältnissen richten.

Vorweg zu nehmen ist, daß alle Handlungen, die sich auf die Zahlungsunfähigkeit als den Konkursgrund des gewöhnlichen Konkurses beziehen, wegfallen, so z. B. der Bericht des Verwalters über die Entstehung der Zahlungsunfähigkeit (§ 131 KO.). Ein Eintrag in die schwarze Liste, wie ihn § 107 Abs. 2 für den Fall der Abweisung wegen mangelnder Masse bei der Konkurseröffnung vorschreibt, wird beim wiederaufgenommenen Konkurs nicht nötig sein, da die Massenunzulänglichkeit mit dem betrügerischen Bankerott — und dieser ist Wiederaufnahmegrund — nicht im Zusammenhang steht. Bestärkt wird diese Ansicht durch die Tatsache, daß der § 198 wohl den Tatbestand des § 107, 1 wiedergibt, den § 107 Abs. 2 aber nicht erwähnt.

Analog dem § 110 hat das Konkursgericht stets den offenen Arrest zu erlassen. Diese Maßnahme allerdings wird nicht von allen Autoren „als nötig" erachtet. Jäger (§ 201 Anm. 2), Wilmowski (§ 201 Abs. 1) nnd Petersen (§ 201 Abs. 8) u. a. bejahen die Erneuerung des Arrestes. Dagegen ist vor allem Hellmann [1]), der per argumentum e contrario aus § 198 Abs. 2 Satz 2 die Überflüssigkeit des offenen Arrestes schließt, da im § 198 Abs. 2 nur von der entsprechenden Anwendung des § 111 auf die Wiederaufnahme gesprochen wird. Hellmann hält außerdem den offenen Arrest für eine Spezialität der Konkurseröffnung, die zur Beschränkung der Verfügungsmacht und der Verwaltungsbefugnis des Gemeinschuldners neben der Bekanntmachung der Eröffnung auch nicht nötig wäre, wenn das Gesetz sie nicht ausdrücklich in § 110 KO. angeordnet hätte.

Beide Gründe erscheinen mir nicht stichhaltig. Der Gesetzgeber hat, wie man aus § 118 ganz deutlich ersieht, neben der öffentlichen Bekanntmachung mit dem

---

[1]) § 56.

offenen Arrest eine erhöhte Sicherheit der Masse durch Aufforderung an Dritte bezweckt. Erkennt man aber den offenen Arrest beim Eröffnungsverfahren als vom Gesetzgeber neben der Bekanntmachung der Eröffnung als gewollt an, so ist nicht einzusehen, weshalb diese praktisch durchaus rentable Maßnahme nicht auch im Wiederaufnahmeverfahren getroffen werden soll. Eine Übernahme aus dem Erstkonkurs aber ist ausgeschlossen, da sich an den offenen Arrest nur Augenblickswirkungen knüpfen, die zur Übernahme nicht geeignet sind.

Daß der erneute Erlaß des offenen Arrestes geboten ist, erklärt sich auch aus der Tatsache, daß der Arrest des Erstkonkurses eine Masse betrifft, die z. Zt. der Wiederaufnahme eine ganz andere ist, und alle Akte, die mit der Masse unmittelbar oder auch mittelbar zusammenhängen, sind im Wiederaufnahmeverfahren neu vorzunehmen.

Ebensowenig kann man die Überflüssigkeit des offenen Arrestes aus der Nichterwähnung des § 110 im § 198 Abs. 2 herleiten. § 111 soll beim Wiederaufnahmeverfahren entsprechende Anwendung finden. Infolgedessen auch die öffentliche Bekanntmachung des offenen Arrestes. Diese öffentliche Bekanntmachung setzt natürlich stillschweigend die vorherige Anordnung eines offenen Arrestes voraus. Roeder [1]) argumentiert anders aber auch zutreffend gegen Hellmann, indem er ausführt, daß der Schluß, den Hellmann per argumentum e contrario aus § 198 Abs. 2 S. 2 zieht, nicht logisch wäre, da die Tatsache, daß § 198 lediglich von Bekanntmachung der Wiederaufnahme spricht, noch nicht beweise, daß darunter ausschließlich nur die Formel des Wiederaufnahmebeschlusses zu verstehen wäre, eine alleinige Bekanntmachung dieser Formel würde unzweckmäßig und ohne Sinn sein. Roeder geht noch weiter mit der Behauptung, daß, selbst, wenn die entsprechende Anwendung des § 111 ausschließlich für die Bekanntmachung der Formel des Wiederaufnahmebeschlusses vorgeschrieben sein sollte, damit für die Notwendigkeit eines neuen Arrestes noch garnichts gesagt wäre, höchstens über die Überflüssigkeit seiner Bekanntmachung.

Wie schon erwähnt, müssen alle mit der Masse zusammenhängenden Handlungen wiederholt werden. Dahin gehört z. B. die Inventar- und Bilanzerrichtung des § 124 KO., die meistens wohl nur aus einer Berichtigung bzw. Vervollständigung der alten bestehen wird und trotz-

[1]) S. 66.

dem ein neues Bild der einander gegenüber gestellten Aktiven und Passiven ergeben wird. Auch die Aufzeichnung der zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände unter Angabe ihres Wertes, wie sie § 123 vorschreibt, wird aus dem eben beschriebenen Grunde erforderlich sein. Zulässig ist deshalb auch die Ladung des Gemeinschuldners auf Verlangen des Verwalters oder eines — auch neuen — Gläubigers zur wiederholten Leistung des Offenbarungseides (§ 125 KO.), um damit die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inventars eidlich bekräftigen zu lassen. Aus praktischen Gründen wird meist auch eine neue Siegelung (§ 122 Abs. 1 KO.) zur Sicherung der zur Masse gehörigen Sachen stattfinden, desgleichen ein neuer Abschluß der Geschäftsbücher des Gemeinschuldners (§ 122 Abs. 2 KO.).

Ob noch weiter Maßregeln nötig sind, wird, wie schon gesagt, das Gericht am besten unter Berücksichtigung der Umstände entscheiden. Besonders auch was die Neuwahl der Verwaltungsorgane anbetrifft: der frühere Gläubigerausschuß wird allerdings unter Hinzuziehung neuer Gläubiger wieder seine Befugnisse übernehmen, und ebenso wird der bisherige Konkursverwalter, wenn ihn nicht persönliche Verhältnisse daran hindern, sein Amt wieder antreten. Ist er doch vom Erstverfahren her mit den Konkursangelegenheiten am besten vertraut. Es wird also in den meisten Fällen die Neuwahl des Verwalters und des Gläubigerausschusses überflüssig sein und nur bei Unmöglichkeit des Wiedereintritts in Frage kommen. Näheres über die Organe des wiederaufgenommenen Konkurses in den einzelnen unten folgenden Abschnitten.

Stets erforderlich dagegen ist die Bestimmung der Anmeldefrist (für die neuen Gläubiger) und des allgemeinen Prüfungstermins. Die Gläubiger des alten Konkurses brauchen ihre Forderung nicht erneut anzumelden, es sei denn, daß sie nicht angemeldete oder nicht geprüfte Forderungen gegen den Gemeinschuldner haben — die frühere Anmeldung und darauf folgende Prüfung gilt auch für das wiederaufgenommene Verfahren, da das frühere Verfahren fortgesetzt wird und nur soweit „als nötig" zu wiederholen ist. Den Standpunkt, nochmalige Anmeldung sei unnötig, vertritt auch die herrschende Meinung. Anderer Ansicht ist nur Rintelen[1]). Trotzdem werden sich die alten Gläubiger zweckmäßigerweise

[1]) § 40 Abs. 2.

am neuen Prüfungstermin noch einmal beteiligen. Eine Ausnahme bringt § 201 Abs. 2: "Früher geprüfte Forderungen werden nur hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung von neuem geprüft", d. h. also, daß auch geprüfte und festgestellte Forderungen von neuem zu prüfen sind, wenn ihre völlige oder teilweise Tilgung seit der Feststellung behauptet wird, praktisch wird eine teilweise Tilgung durch Empfang der Akkordrate meistens vorliegen.

Es muß beachtet werden, daß der getilgte Betrag auf die volle Konkursforderung des Gläubigers angerechnet werden muß und nicht auf seine Vergleichsrate, da ja der durch den Zwangsvergleich begründete Erlaß ipso jure durch die Verurteilung des Schuldners aufgehoben ist.

Bestreitet jemand — in Frage kommt der Konkursverwalter, ein interessierter Gläubiger oder der Gemeinschuldner (§ 144 Abs. 1 und § 164 Abs. 2 KO.) — die festgestellte Forderung, indem er behauptet, sie sei durch Zahlung oder sonstige Erfüllung erloschen, so ist damit die Forderung wieder zu einer streitigen geworden, und der Widersprechende muß in einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. seinen Widerspruch betreiben (§ 146 Abs. 6 KO.). Denn die frühere Feststellung wirkt gegenüber allen Konkursgläubigern als ein rechtskräftiges Urteil. Die Forderung gilt als eine sog. titulierte (§ 145 Abs. 2, § 147 KO.). Die Beweislast für die behauptete Tilgung hat der Widersprechende nach den allgemeinen Grundsätzen — wer ein Recht behauptet muß es beweisen [1]).

Die Bestreitung der Forderung kann sich nur auf Tilgung während der konkursfreien Zeit beziehen, denn in anderer Hinsicht werden die Forderungen nicht geprüft — im Gegensatz zum erstmaligen Prüfungstermin. Sie können also aus anderem Grunde auch nicht bestritten werden. Eine Bestreitung, die sich auf Bestand, Betrag der Forderung oder ähnliches beruft, würde im wiederaufgenommenen Verfahren ohne jede rechtliche Wirkung sein.

Die Frage, ob auch der Gemeinschuldner das Recht der Forderungsbestreitung hat, wird von einigen Autoren verneint. Die §§ 144 Abs. 2 wie auch § 164 Abs. 2 KO., die ausdrücklich vom Bestreiten des Gemeinschuldners im ersten Prüfungstermin sprechen, lassen auch wohl eine analoge Anwenduug auf den Prüfungstermin

[1]) Vgl. Mentzel § 201 Abs. 2, Hellmann § 56, und Fragen § 201 Abs. 2 Anm. 3.

im wiederaufgenommenen Konkurs zu; doch ist dieses Recht, das dem Gemeinschuldner damit zugesprochen wird, insoweit ohne Bedeutung, als trotzdem die Forderung gemäß § 144 KO als festgestellt gilt, und nur ein Prozeß zwischen Gemeinschuldner und dem Gläubiger der bestrittenen Forderung dadurch anhängig werden kann.

Das Ergebnis des ersten Prüfungstermines ist auch insofern maßgebend, als eine im ersten Konkurs bestrittene und infolgedessen nicht festgestellte Forderung auch im Wiederaufnahmeverfahren eine bestrittene bleibt. Die Feststellung dieser Forderung ist nicht mehr möglich, weil ja Prüfung nur hinsichtlich einer Tilgung stattfindet. Die Forderung würde also solange eine streitige bleiben, bis der Widerspruch auf dem Wege der Feststellungsklage nach § 146 Abs. 1 und 2 KO. außerhalb des Konkurses im ordentlichen Verfahren behoben ist, ohne Rücksicht auf vorheriges Zugeständnis der Forderung von Seiten des Schuldners oder Rücknahme des Widerspruchs. Der Gläubiger würde im neuen Prüfungstermin keine titulierte Forderung aufweisen können, selbst wenn er in der Zwischenzeit einen Titel auf dem Klagewege erlangt hätte, sondern von neuem müßte er die Feststellung betreiben.

Diese eben entwickelte Ansicht vertritt u. a. Seuffert [1]):

> War eine Forderung früher bestritten, und ist der Widerspruch nicht in dem Verfahren nach § 146 Abs. 2, 5 und 6 KO. beseitigt worden, so bleibt sie auch für das aufgenommene Verfahren eine bestrittene Forderung. Für die Parteirollen im Feststellungsstreit entscheidet die Rechtslage im früheren Verfahren; der Gläubiger kann also nicht auf Grund eines inzwischen gegen den Gemeinschuldner erlangten Titels die Stellung eines titulierten Gläubigers im Sinne des § 146 Abs. 6 erlangen [2]).

Diese Auffassung ist zwar logisch und dem Gesetz entsprechend, aber in die Praxis umgesetzt, würde sie zu unbilligen Ergebnissen führen. Die Stellung eines Gläubigers einer untitulierten Forderung würde im Wiederaufnahmeverfahren eine äußerst ungünstige sein. Er würde erst nach Beseitigung des Widerspruchs Befriedigung aus der Konkursmasse erlangen, während der

1) S. 452.
2) Ebenso Oetker, Fragen S. 84.

Inhaber einer titulierten Forderung sofort Befriedigung verlangen kann. Rechtlich erhebliche Tatsachen, die während der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkurses Geltung erlangt haben, dürfen nicht unberücksichtigt bleiben. Es muß ein in der Zwischenzeit gegen den Gemeinschuldner erworbener Titel dem Anmelder der Forderung die Stellung aus § 146 Abs. 6 verschaffen, so daß die Verfolgung des Widerspruchs dem Widersprechenden obliegt. Kohler[1]) stimmt der Ansicht bei, daß eine nicht festgestellte Forderung, die nachträglich einen vollstreckbaren Titel erlangt hat, im Wiederaufnahmeverfahren als Anmeldung mit vollstreckbarem Titel gelten muß und danach zu behandeln ist. [2])

Sind die nötigen beschriebenen Maßnahmen wiederholt, dann wird das Wiederaufnahmeverfahren weiterhin fortgesetzt wie ein gewöhnliches Konkursverfahren.

VI. Beendigung des Wiederaufnahmeverfahrens.

Der wiederaufgenommene Konkurs wird im Regelfall aus denselben Gründen endigen wie ein gewöhnlicher Erstkonkurs. Eine Endigungsmöglichkeit jedoch fällt durch § 175 Abs. 3 KO. aus. Wenn der Gemeinschuldner wegen betrügerischen Bankerotts verurteilt ist, kann er ein Konkursverfahren nicht mehr durch Zwangsvergleich beendigen. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist, einem Schuldner, der sich als vergleichsunwürdig erwiesen hat, nicht nochmals die Vorteile eines Zwangsvergleichs zukommen zu lassen. Die Motive[3]) rechtfertigen den § 175 Abs. 3 KO. folgendermaßen:

> Die Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrügerischen Bankerotts läßt denselben jedes Vertrauens unwürdig erscheinen; kein Gläubiger darf genötigt werden (und beim Zwangsvergleich findet meistens eine Nötigung statt!) sich mit ihm fernerhin einzulassen. Im Interesse der Sittlichkeit und des öffentlichen Kredites muß gegen ihn die ganze Strenge des Gesetzes zur Anwendung kommen. Diesen höheren Rücksichten gegenüber würde selbst der Umstand, daß der Akkord für die Gläubiger

[1]) Kohler § 70, 5.
[2]) Vgl. auch Jaeger § 201 Anm. 5 und Roeder S. 72/73
[3]) S. 409.

vorteilhaft sein könnte, die Zulassung desselben nicht rechtfertigen.

Ein erneuter Zwangsvergleich würde außerdem dem Zweck der Wiederaufnahmebestimmungen direkt zuwider laufen. Dem betrogenen Gläubiger wird die Möglichkeit der Konkurswiederaufnahme ja gerade gegeben, um von den Folgen eines Zwangsvergleichs loszukommen. Da zur Wiederaufnahme des Konkurses keine Insolvenz des Schuldners nötig ist, werden die Gläubiger bei normaler Konkursbeendigung besser abschneiden, als wenn wieder ein Zwangsvergleich geschlossen würde, und die Tendenz der §§ 198 ff. geht offensichtlich dahin, die Gläubiger für die Betrügereien des Schuldners zu entschädigen.

Regelmäßig wird auch der wiederaufgenommene Konkurs, wie die meisten Erstkonkurse, durch Schlußverteilung, d. h. durch endgültige Verteilung der Konkursmasse an die Gläubiger endigen, indem nach der Abhaltung des Schlußtermines ein gerichtlicher Aufhebungsbeschluß ergeht. Die Aufhebung des Wiederaufnahmeverfahrens äußert dieselben Wirkungen wie die Aufhebung eines gewöhnlichen Konkurses: vor allem erhält der Gemeinschuldner die Verfügungsmacht über etwa noch vorhandene Masse zurück, wie auch die Prozeßlegitimation für anhängige Prozesse. Die Gläubiger nicht bestrittener Forderungen aber können jetzt nach § 164 Abs. 2 KO. auf Grund des Tabelleneintrags — der als Titel gilt — sich durch Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner befriedigen.

Möglich ist auch die Beendigung des wiederaufgenommenen Konkurses durch Einstellung des Verfahrens, die aus verschiedenen Gründen in Frage kommen kann. Das Gesetz kennt als Einstellungsgründe für den gewöhnlichen Konkurs Konkursverzicht der Gläubiger (§ 202 KO.) und Nichtvorhandensein einer zur Kostendeckung ausreichenden Masse (§ 204 KO.). Andere Gründe wird man für das Wiederaufnahmeverfahren auch nicht gelten lassen. Voraussetzung für die Einstellung wegen Konkursverzichtes ist ein Antrag des Gemeinschuldners (nur er ist antragsberechtigt!) und die Zustimmung sämtlicher vorhandener Gläubiger, und zwar kann die Einstellung vor der Anmeldefrist erfolgen, wenn alle bekannten, d. h. angemeldeten Gläubiger zustimmen (§ 202 Abs. 2 KO.). Der Widerspruch eines einzelnen Gläubigers würde genügen, um den Antrag zurückzuweisen. Schwerlich wird daher ein wiederaufgenommener Konkurs durch Konkursverzicht be-

endigt werden, denn zum mindesten wird der betreffende Gläubiger, der den Antrag auf Wiederaufnahme gestellt hat, den Willen haben, den Konkurs zu Ende zu führen und infolgedessen seine Zustimmung zum Konkursverzicht nicht geben.

Eher denkbar dagegen ist die Einstellung wegen ungenügender Masse, die von Amts wegen zu erfolgen hat, denn in diesem Falle würde auch die Fortführung des Verfahrens dem Konkurszwecke für die Gläubiger nicht mehr entsprechen.

Für den wiederaufgenommenen Konkurs gibt es als Besonderheit noch einen Beendigungsgrund: ist gegen den Gemeinschuldner das Strafverfahren wegen betrügerischen Bankerottes nach § 359 Str. Pr. O. wieder aufgenommen, und ein Freispruch ergangen, so fehlt nachträglich die wichtigste Voraussetzung für die Wiederaufnahme — die rechtskräftige Verurteilung wegen betrügerischen Bankerotts! Das Verfahren ist dann vom Gericht als unzulässig einzustellen und die Wirkungen des Zwangsvergleichs treten ipso iure wieder ein, weil nun auch keine Vorbedingung mehr für den § 197 KO. gegeben ist. Den neuen Gläubigern bleibt unbenommen, bei Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, einen Konkurs zu beantragen.

Erfolgt der Freispruch erst nach Beendigung des Wiederaufnahmeverfahrens, (praktisch wohl selten), so wird trotzdem der Zwangsvergleich wieder voll wirksam. Der Gemeinschuldner würde also infolgedessen gegen die Vergleichsgläubiger, die über ihre Akkordrate hinaus Befriedigung gefunden haben, einen Bereicherungsanspruch in bezug auf den im Wiederaufnahmeverfahren empfangenen Konkursanteil haben.

Diese Ansicht ist die in der Literatur herrschende. So liest man bei Rintelen [1]), daß bei erfolgter Freisprechung des Gemeinschuldners sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt, daß die Wirkung der früheren rechtskräftigen Verurteilung dergestalt hinwegfällt, daß letztere als garnicht eingetreten anzusehen ist und der Zwangsvergleich demnach als von Haus aus gegen die Gläubiger gültig ist.

Dagegen nur Oetker [2]), der die Auffassung vertritt, ein im strafrechtlichen Wiederaufnahmeverfahren er-

[1]) § 404.

[2]) Fragen S. 79.

folgter Freispruch bewirke nicht ohne weiteres die Einstellung des wiederaufgenommenen Konkurses, sondern nur unter den Vorbedingungen der §§ 202 ff. KO. Oetkers Auffassung dürfte nicht die richtige sein, denn einmal würde die Konsequenz daraus zu unerträglichen Ergebnissen führen. Der Gemeinschuldner müßte, ohne daß ein Verschulden auf seiner Seite vorliegt, den Vergleichsgläubigern über ihre Quote hinaus zahlen, und zweitens würde bei Gericht ein ungesetzliches Verfahren anhängig sein, ein Zustand, der unserer Rechtsauffassung zuwider laufen würde.

2. Abschnitt.

Subjekte des Verfahrens.

I. Die Gläubiger.

An dem Wiederaufnahmeverfahren nehmen die alten Gläubiger, für und gegen welche der Zwangsvergleich wirksam war, mit dem noch nicht getilgten Betrage ihrer ursprünglichen Forderungen teil. Auch die neuen Gläubiger, die nach Eröffnung des Erstkonkurses eine Forderung gegen den Gemeinschuldner erlangt haben, sind zur Teilnahme berechtigt (§ 200 Abs. 1 und 2 KO.).

Zu den alten Gläubigern zählen sowohl solche, die ihre Forderungen im früheren Konkurs nicht angemeldet hatten, als auch vor allem die bevorrechtigten und die Massegläubiger, soweit sie noch nicht befriedigt sind und ihrer Stellung gemäß auch im Wiederaufnahmeverfahren vorzugsweise Befriedigung aus der Masse fordern können. § 200 Abs. 1 erwähnt zwar nicht die bevorrechtigten Gläubiger, sondern spricht nur von den Gläubigern für und gegen welche der Zwangsvergleich wirksam war; diese Nichterwähnung bedeutet aber keinen Ausschluß der bevorrechtigten Gläubiger, sondern eher eine stillschweigende Voraussetzung ihrer Befriedigung. Denn es kann nicht der Wille des Gesetzgebers sein, im Wiederaufnahmeverfahren den Vorrechtsgläubigern eine schlechtere Stellung zu verschaffen als den gewöhnlichen Konkursgläubigern. Eine Teilnahme der bevorrechtigten Gläubiger folgt auch

aus der Tatsache, daß der wiederaufgenommene Konkurs zur Hauptsache Fortsetzung des früheren ist, und daß daher dieselben Gläubiger sich mit ihren selben Rechten beteiligen. Die Bedeutung der bevorrechtigten Gläubiger im Wiederaufnahmekonkurs ist aber nur eine geringe, da ein Zwangsvergleich in der Regel nur nach ihrer Befriedigung stattfindet.

Die Akkordgläubiger, oder wie § 200 Abs. 1 sie nennt, die Gläubiger für und gegen welche der Zwangsvergleich wirksam war, nehmen mit ihren ganzen ursprünglichen Konkursforderungen am Wiederaufnahmeverfahren teil, soweit sie zwischenzeitlich nicht getilgt sind, da nach § 197 1 KO. der durch den Zwangsvergleich begründete teilweise Erlaß für alle Gläubiger durch die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrügerischen Bankerotts aufgehoben ist, und die Feststellung der früheren Forderungen wieder volle Wirksamkeit erlangt. Haben die Vergleichsgläubiger schon ihre volle Akkordrate erhalten, so gilt der ursprünglich erlassene Teil ihrer Forderung als titulierte Konkursforderung.

Die in der Zwischenzeit, d. h. in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Verfahrens laufenden Zinsen und entstandenen Kosten, sind für die alten Gläubiger neue Forderungen gegen den Gemeinschuldner, so daß sie in bezug auf diese Forderungen als neue Gläubiger am wiederaufgenommenen Konkurs teilnehmen können; daher haftet ihnen eine für sie evtl. gestellte Sicherheit für diese Forderungen nicht.

Neue Gläubiger sind, wie schon gesagt, alle diejenigen, die nach der Eröffnung des Erstkonkurses eine Forderung erworben haben und deren Vermögensanspruch auch noch zur Zeit der Eröffnung des Wiederaufnahmeverfahrens ein begründeter ist (§ 3 Abs. 1 KO.). Die neuen Gläubiger stehen insofern den Altgläubigern gleich, als sie zur Teilnahme am wiederaufgenommenen Konkurs berechtigt sind (§ 200 Abs. 1 S. 1 KO.).

Wenn schon öfters gesagt worden ist, daß die Wiederaufnahme des Konkurses lediglich zu Gunsten der betrogenen Vergleichsgläubiger stattfindet, so könnte man daraus schließen, daß auch nur ihnen ein Teilnahmerecht im Wiederaufnahmeverfahren zugebilligt würde, und daß der Begriff der "Konkursgläubiger" der §§ 198 ff. KO. sich nur auf sie, nicht aber auf die neu hinzugekommenen

Gläubiger erstreckt. Dieses Teilnahmerecht kann aber nicht nur auf die alten Gläubiger beschränkt bleiben, weil den Gläubigern, bei denen der Gemeinschuldner in der Zwischenzeit Schulden gemacht hat, damit eine durch nichts begründete Ungerechtigkeit widerfahren würde. Sie hatten keinen Grund, dem Schuldner zu mißtrauen, es hatte für sie ein durch Zwangsvergleich beendigter Konkurs stattgefunden, von seinem betrügerischen Zustandekommen ahnten sie bei dem Geschäftsabschluß mit dem Gemeinschuldner nichts. Wie sollten sie, wenn man ihnen das Teilmahmerecht versagen würde, zu einer, wenn auch nur teilweisen Befriedigung kommen? Ein Neukonkurs würde unzweckmäßig, ja direkt unmöglich sein. Die Motive [1]) äußern sich über das Teilnahmerecht der Gläubiger entsprechend.

Die neuen Gläubiger, deren Forderungen in der Zeit bis zur Wiederaufnahme entstanden sind, von der Teilnahme auszuschließen, würde nicht bloß dem Recht widersprechen, sondern auch den Kredit in bedenklicher Weise gefährden. Die neuen Gläubiger waren vollkommen berechtigt, der Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners und seinem Vermögen zu trauen, ohne Unterschied, ob dieses oder jenes Stück vordem zur Konkursmasse gehört hatte oder nicht. [2])

Ob aus den Worten des § 200 Abs. 2 S. 1 "Teilnahme am Verfahren berechtigt" zu folgern ist, daß die neuen Gläubiger im Gegensatz zu den Altgläubigern, die nach § 200 Abs. 1 am Verfahren "teilnehmen", die Stellung der Konkursgläubiger nur bei rechtzeitiger Anmeldung haben, bei Versäumung der Anmeldung aber keine konkursmäßige Befriedigung erwarten können, ist unklar und daher auch in der Literatur umstritten.

Wolff [3]) z. B. ist der Meinung, daß eine Forderungsanmeldung unbedingt erforderlich ist, um die neuen Gläubiger zu Konkursgläubigern im Wiederaufnahmeverfahren zu machen, eine Meinung, die nur unter Außerachtlassung des § 3 KO. gebildet werden kann. § 3 sagt: "Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensan-

---

[1]) S. 408.

[2]) Vgl. auch Petersen-Kleinfeller § 205, Jaeger § 200 Abs. 2 Anm. 3.

[3]) § 200, 2.

spruch an den Gemeinschuldner haben" (Konkursgläubiger), d. h. also, daß Konkursgläubiger jeder ist, der am Konkursverfahren teilzunehmen berechtigt ist, auch wenn er tatsächlich nicht daran teilnimmt. Er hat also folgerichtig auch nicht das Recht, seinen Anspruch gesondert geltend zu machen (§§ 12, 14, 15 KO.). Warum sollte dieses im Wiederaufnahmeverfahren anders sein? Dem stimmen zu Mentzel [1]) und Jäger [2]), der betont, daß der Unterschied des Abs. 1 vom Abs. 2 im § 200 lediglich zum Ausdruck bringe, daß schon angemeldete Altforderungen keiner erneuten Anmeldung bedürfen.

Das Teilnahmerecht der neuen Gläubiger ist, um das nochmals hervorzuheben, insofern besonders interessant, als sich dabei zeigt, daß das Wiederaufnahmeverfahren nicht nur fortgesetztes altes Verfahren ist — dann wäre eine Zulassung der Neugläubiger vom Gesetz nicht vorgesehen — sondern daß es gerade in bezug auf die Neugläubiger ein neues Verfahren darstellt.

An sich stehen also die alten Gläubiger den neuen gleich. Nur auf eine Sicherheit, die den Altgläubigern auf Grund des Zwangsvergleichs aus dem Vermögen des Gemeinschuldners oder von dritter Seite gestellt worden ist (§ 174 KO.), haben sie (selbstverständlich!) keinen Anspruch (§ 200 Abs. 2 S. 2 KO.), da die Rechte, die der Zwangsvergleich den Gläubigern gewährte, trotz der Aufhebung des Forderungserlasses, bestehen bleiben (§ 197 Abs. 1 KO.). Ist den alten Gläubigern eine Sicherheit aus dem Vermögen des Schuldners selbst bestellt, und haben sie infolgedessen ein Pfandrecht an einzelnen Gegenständen, so können sie im wiederaufgenommenen Konkurs wegen dieser Pfandforderung abgesonderte Befriedigung verlangen (§ 47 ff. KO.), aber nicht für ihre volle Konkursforderung, sondern nur in Höhe ihrer Vergleichsrate, da nur für diesen Betrag die Sicherheit gestellt worden ist.

Im übrigen gelten für die Gläubiger des wiederaufgenommenen Konkurses die gesetzlichen Bestimmungen (§ 61 ff. KO.) des gewöhnlichen Konkurses.

---

[1]) § 200 Abs. 2.

[2]) § 200 Abs. 2,3.

II. Der Gemeinschuldner.

Der Gemeinschuldner des wiederaufgenommenen Konkurses ist identisch mit dem Gemeinschuldner eines früheren durch Zwangsvergleich beendigten Konkurses, und zwar muß der Gemeinschuldner nach dessen Beendigung wegen betrügerischen Zustandekommens gerade dieses Konkurses rechtskräftig verurteilt worden sein.

Im großen und ganzen hat er dieselben Befugnisse und Beschränkungen wie der Gemeinschuldner eines jeden Konkurses: er verliert mit dem Wiederaufnahmebeschluß sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen. Er verliert die Prozeßfähigkeit in bezug auf das konkursbefangene Vermögen; Rechtshandlungen, die er nach dem Wiederaufnahmebeschluß vornimmt, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (§ 7 KO) usw.

Während der gewöhnliche Konkurs meistens auf Antrag des Gemeinschuldners eröffnet wird, kann die Eröffnung des wiederaufgenommenen Konkurses nur von einem alten Gläubiger beantragt werden. Dem betrügerischen Gemeinschuldner wird das Recht der Antragstellung nicht gewährt, wie sich aus den Worten des § 198 Abs. 1 „auf Antrag eines Konkursgläubigers" ergibt. Der Grund ist wohl darin zu sehen, daß der Gesetzgeber dem Gemeinschuldner, der sich sebst durch betrügerische Handlungen in diese Lage gebracht hat, keine Möglichkeit geben will, durch die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens einen eventuell für ihn damit verbundenen Vorteil zu gewähren.

Zahlungsunfähig braucht der Gemeinschuldner nicht zu sein, um ein Wiederaufnahmeverfahren beginnen zu lassen — im Gegensatz zum Erstkonkurs, bei dessen Eröffnung das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners Haupterfordernis ist [1]).

Stirbt der Gemeinschuldner, wenn das Wiederaufnahmeverfahren bereits im Gange ist, so muß notwendigerweise das Verfahren in Form eines Nachlaßkonkurses weitergeführt werden. Oetker [2]) steht zwar auf dem Standpunkt, daß das Verfahren ungehinderten Fortgang nimmt, wenn der Gemeinschuldner bei schwebendem Konkurs stirbt und auch Erben nicht vorhanden sind, oder

1) Vgl. Motive S. 428.
2) Fragen S. 83.

nur mit dem beneficium inventarii antreten. Eine Überleitung in die Form des Nachlaßkonkurses hält er für völlig ausgeschlossen; da die Konkursaufnahme die Funktion der Konkursfortsetzung hat, könne das Verfahren im Falle des Todes des Gemeinschuldners nach der rechtskräftigen Verurteilung nur als Ordinarkonkurs aufgenommen werden, nicht aber in einen Nachlaßkonkurs übergehen.

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden, denn einen Konkurs ohne Gemeinschuldner gibt es nicht. „Ein Konkurs ohne Gemeinschuldner ist dasselbe Unding wie ein Rechtsstreit ohne Beklagten“ [1]). Folglich kommt als Gemeinschuldner des fortzusetzenden Verfahrens nur der Erbe in Betracht; dementsprechend finden die gesetzlichen Bestimmungen über den Nachlaßkonkurs Anwendung, d. h. der Erbe hat die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners im Nachlaßkonkurs.

Stirbt der Gemeinschuldner nach seiner rechtskräftigen Verurteilung, aber vor der Wiederaufnahme des Verfahrens, so wird bei entsprechender Antragstellung das Wiederaufnahmeverfahren auch in Form eines Nachlaßkonkurses aufzunehmen sein.

III. Der Konkursverwalter und Gläubigerausschuß.

Auch im wiederaufgenommenen Konkurs wird das dem Gemeinschuldner entzogene Verwaltungs- und Verfügungsrecht durch einen Konkursverwalter ausgeübt, und zwar geht mit dem Zeitpunkt seiner Ernennung diese Eigenschaft kraft Gesetzes auf ihn über, und damit wird die gesamte Durchführung des Wiederaufnahmeverfahrens wesentlich in seine Hände gelegt.

In den meisten Fällen eines Wiederaufnahmeverfahrens wird, wie schon gesagt, der Verwalter des Erstkonkurses wieder seine Tätigkeit aufnehmen. Das Eintreten des alten Konkursverwalters in seine früheren Funktionen kann man sowohl aus den Worten des § 201 KO. „nur so weit als nötig ist das Verfahren zu wiederholen“ herleiten, denn eine Neuwahl wird grundsätzlich nicht erforderlich sein, als auch aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber in bezug auf den Verwalter im Wiederaufnahmeverfahren keine Bestimmungen getroffen hat, anscheinend also ein Wiedereintreten des früheren

[1]) Jaeger § 214 Abs. 3 S. 1.

Verwalters für selbstverständlich hält.

Ein Ablehnungsrecht wird man dem Verwalter entgegen Hellmann [1]) zubilligen müssen, da seit der Aufhebung des Konkurses eine erhebliche Zeit verstrichen sein mag, und seine Amtsbeendigung inzwischen anzunehmen ist. Auch können persönliche Verhältnisse vorliegen, die ihn daran hindern, seine Funktionen als Konkursverwalter wieder zu übernehmen. Tritt er jedoch seinen früheren Posten wieder an, so haben die neuen Gläubiger kein Recht eine andere Person als Verwalter vorzuschlagen, da das Wiederaufnahmeverfahren, wenn möglich, fortgesetztes Erstkonkursverfahren sein soll.

Ob eine Neuernennung des Verwalters erforderlich ist oder die bloße Benachrichtigung an ihn, die Verwaltung wieder aufzunehmen, genügt, wird von den Autoren verschieden aufgefaßt. Seuffert [2]), Hellmann [3]) und Petersen-Kleinfeller [4]) verneinen eine erneute Anmeldung, sie lassen den Konkursverwalter ohnedem sein Amt wieder antreten. Anderer Ansicht ist aber Jäger [5]), der meint, daß das Gericht doch eine Weisung zur Fortführung des Amtes an den Konkursverwalter erlassen müsse, und daß diese Weisung in der Form erneuter Ernennung geschehen könnte.

Hätte der Gesetzgeber keine erneute Anmeldung gewollt, so hätte er dieses ausdrücklich im Gesetz festlegen müssen. Eine solche gesetzliche Bestimmung ist aber nicht vorhanden. Zwar kann man der Ansicht, eine erneute Anmeldung sei erforderlich, den § 201 KO. entgegenhalten, der nur die Wiederholung solcher Maßnahmen bestimmt, die absolut nötig sind. Dieser Einwand ist aber praktisch unerheblich, da das Gericht den alten Konkursverwalter doch auffordern muß zur Aufnahme seiner früheren Tätigkeit und diese Aufforderung, wie auch Jäger sagt, mit der erneuten Ernennung zusammen fallen kann. — Lehnt der erste Konkursverwalter ab, oder ist aus anderen Gründen seine Übernahme nicht möglich, so hat das Gericht einen neuen Verwalter zu ernennen, den Gläubigern aber wird durch § 80 KO. Gelegenheit gegeben,

---

1) S. 557.
2) S. 453.
3) S. 458.
4) § 201 Anm. 7.
5) § 198 2,2.

gegenüber dieser Ernennung ein Widerspruchsrecht auszuüben und einen anderen Verwalter vorzuschlagen; dieser Gläubigerbeschluß ist jedoch wiederum nicht bindend für das Gericht, dieses kann die Ernennung der neugewählten Person versagen und die frühere Ernennung in Kraft lassen (§ 80 KO.).

Ähnlich wie mit dem Konkursverwalter verhält es sich auch mit dem Gläubigerausschuß im Wiederaufnahmeverfahren. Der in dem Erstkonkurs gewählte Gläubigerausschuß wird ebenfalls bestehen bleiben, soweit seine Tätigkeit im wiederaufgenommenen Konkurs praktisch möglich sein wird. Eine neue Bestellung des alten Gläubigerausschusses ist erforderlich (§ 87 KO.) nochzu, wo eine Ergänzung durch eventuell hinzugekommene neue Gläubiger meist geboten sein wird. [1])

Das Gericht kann nach § 87 KO. vor der ersten Gläubigerversammlung einen vorläufigen Gläubigerausschuß bestellen, wenn der Wiedereintritt des früheren im wiederaufgenommenen Konkurs nicht möglich ist. Zweckmäßigerweise wird es dann zu gleichen Teilen alte und neue Gläubiger in den Gläubigerausschuß berufen, da in der ersten Gläubigerversammlung doch eine diesem Verhältnis entsprechende Wahl zustande kommen wird, und auch die Neugläubiger billigerweise einen Anspruch darauf haben, daß auch Vertreter aus ihren Kreisen mit der Wahrnehmung ihrer Rechte betraut werden!

Die Funktionen des Gläubigerausschusses — übrigens das wichtigste Organ der Gläubiger im Konkurse — sind im Wiederaufnahmeverfahren keineswegs andere wie in einem gewöhnlichen Konkurse, so daß sich ein näheres Eingehen auf diese erübrigt.

IV. Das Konkursgericht.

Auch über das für das Wiederaufnahmeverfahren zuständige Konkursgericht ist einiges zu sagen. Das Gesetz gibt keine Anhaltspunkte, ob das Gericht des Erstkonkurses wieder in Tätigkeit tritt oder ob auch die Zuständigkeit eines andern Gerichtes begründet sein kann.

[1]) Vergl. Mentzel § 201 Anm. 1.

In der Literatur [1]) wird allgemein angenommen, es sei immer das im früheren durch den Zwangsvergleich beendigten Konkurs tätig gewesene Gericht für den wiederaufzunehmenden Konkurs zuständig. Eine gute Begründung spricht für die Beibehaltung des alten Gerichtes: es hat den Erstkonkurs bearbeitet und weiß daher mit den dem Konkurs zugrundeliegenden Verhältnissen Bescheid, es wird ihm also ein Leichtes sein, sich in das Wiederaufnahmeverfahren einzuarbeiten, um so eine zweifellos auch den Gläubigern erwünschte schnellere Abwickelung des Wiederaufnahmeverfahrens herbeiführen zu können. Die entgegengesetzte Meinung [2]) argumentiert gegen die unbedingte Zuständigkeit des alten Gerichtes für das Wiederaufnahmeverfahren mit dem Wortlaut des § 71 KO., der bestimmt, daß für das Konkursverfahren ausschließlich dasjenige Amtsgericht zuständig ist, bei dem der Gemeinschuldner seine gewerbliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Würde man für das Wiederaufnahmeverfahren ohne weiteres das alte Konkursgericht für zuständig erklären, so wäre das eine nicht gerechtfertigte Ausnahme des § 71 KO. Dabei übersieht Röder aber eins: in der Zuständigkeitserklärung des alten Gerichtes für das Wiederaufnahmeverfahren liegt, auch wenn der Schuldner inzwischen seinen Wohnsitz gewechselt haben sollte, keine Ausnahme von § 71 KO., denn das Wiederaufnahmeverfahren ist kein „Konkursverfahren" im Sinne des § 71, sondern gerade bei der Zuständigkeitsfrage des Konkursgerichtes schlägt der Grundsatz der Fortsetzung des Erstverfahrens durch, also besteht kein Zweifel, daß bei ein und demselben Konkursverfahren auch ein und dasselbe Gericht tätig sein muß. Den Einwand, eine Durchführung des Wiederaufnahmeverfahrens im früheren Gerichtsort sei bei eventueller Verlegung der Niederlassung des Gemeinschuldners unzweckmäßig, wird die Praxis nicht beachten können, da dieses in der Person des Gemeinschuldners liegende persönliche Umstände sind, die nicht berücksichtigt werden können und auch praktisch insofern keine Rolle spielen, als das Gericht gemäß § 101 Abs. 1 und 2 KO. die Anwesenheit des Schuldners erzwingen kann.

---

[1]) Vgl. Jäger § 198 Anm. 5, Hellmann S. 555, Oetker Fragen S. 79.

[2]) Vgl. Röder S. 72.

3. Abschnitt.

Objekt des Verfahrens.

I. Die Masse.

Die gesetzliche Regelung über das Wiederaufnahmeverfahren enthält wenig Bestimmungen über die Masse des wiederaufzunehmenden Konkurses. § 197 Abs. 2 spricht von Sicherheitsmaßnahmen im Interesse der Masse, § 199 von Anfechtung von Rechtshandlungen zugunsten der Masse, § 198 Abs. 1 vom Erfordernis genügender Masse, um ein Wiederaufnahmeverfahren überhaupt zu ermöglichen, im übrigen erlauben die §§ 200 und 201 nur gewisse Rückschlüsse.

Für die Konkursmasse des wiederaufzunehmenden Konkurses gilt auch die Definition des § 1 KO.: Das Konkursverfahren umfaßt das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (Konkursmasse), d. h. also die Wiederaufnahmemasse ist nicht identisch mit der Masse des Erstkonkurses, vielmehr fällt darunter das ganze pfändbare Vermögen des Gemeinschuldners zur Zeit des Wiederaufnahmebeschlusses.[1]) Das Vermögen des Gemeinschuldners wird im Zeitpunkt der Wiederaufnahme in den meisten Fällen ein ganz anderes sein als zur Zeit der Eröffnung des Erstkonkurses, weist es doch alle Veränderungen während der Konkurszeit und der darauf folgenden Konkurszwischenzeit auf: einerseits Abgang vom Vermögen während des Konkurses und des Zwangsvergleichs (evtl. Akkordzahlungen!) andererseits Zugang durch Neuerwerb des Gemeinschuldners in der Zwischenzeit. Es würde sowohl den alten wie den neuen Gläubigern gegenüber als Unbilligkeit erscheinen, wenn die Masse des wiederaufgenommenen Konkurses und die des Erstkonkurses ein und dieselbe wäre — abgesehen da-

[1]) So die gesamte Literatur.

von, daß praktisch eine Trennung der früheren Masse aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zur Zeit der Wiederaufnahme schwer möglich sein wird. Da durch § 197 Abs. 1 KO. für alle Gläubiger der durch den Zwangsvergleich begründete Erlaß aufgehoben ist, haftet der Schuldner nunmehr wieder den alten Gläubigern für ihre ehemalige Konkursforderung mit seinem ganzem Vermögen. Würde dieses aber identisch sein mit der Erstkonkursmasse, so würden die Altgläubiger unter Umständen schlechter abschneiden als wenn sie Neukonkurs (dann würde nach § 1 KO. unbedingt das gesamte zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner gehörige Vermögen zur Befriedigung dienen!) beantragt hätten. Und es muß immer wieder betont werden, daß gerade die Benachteiligung der betrogenen Gläubiger von Seiten des Gesetzgebers nicht gewollt ist. Aber auch zu Gunsten der neuen Gläubiger — und es gilt im Konkursrecht die par conditio creditorum omnium — muß zur Masse ebenfalls das neuzuerwerbene Vermögen zählen, haben sie doch auf die nach Aufhebung des Zwangsvergleichs wieder eingetretene Verfügungsmacht und den damit entstandenen Vermögensverkehr des Gemeinschuldners vertrauen können und sich daher in Geschäftsverbindlichkeiten mit ihm eingelassen.

Es ist also nochmals ausdrücklich hervorzuheben, daß die Masse des wiederaufgenommenen Konkurses, also das zur Verteilung an die Konkursgläubiger bestimmte Aktivvermögen sich deckt mit der Masse eines gleichzeitigen Neukonkurses, nicht aber mit der Masse des früheren, durch Zwangsvergleich beendigten Konkurses.

Auch bei der Massebildung ist deutlich zu sehen, daß der wiederaufgenommene Konkurs nicht nur fortgesetzter Erstkonkurs ist, dann müßte unbedingt eine Identität der beiden Massen in Frage kommen, da es nicht gut denkbar ist, daß einem Verfahren in seinem weiteren Verlauf eine ganz andere (eventuell auch geringere!) Masse zur Verfügung steht, als im Anfang vorhanden war.

II. Anfechtung von Rechtshandlungen.

§ 199 KO.

§ 199 trifft eine Sonderregelung für die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die

in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkurses vorgenommen sind. § 199 sagt, daß für diese Anfechtung, wie auch für die in diesem Zeitraum entstandenen Aufrechnungsbefugnisse, als Tag der Zahlungseinstellung, wenn nicht inzwischen eine solche erfolgt ist, der Tag des ersten die Verurteilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urteils gilt.

Von Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach dem Wiederaufnahmebeschluß vornimmt, sagt der § 199 nichts; er setzt die relative — nämlich den Gläubigern gegenüber — Unwirksamkeit dieser Rechtshandlungen nach Maßgabe des § 7 KO. als selbstverständlich voraus. Die Unwirksamkeit solcher Rechtshandlungen tritt auch im Wiederaufnahmeverfahren, wie beim Eröffnungsverfahren, kraft Gesetzes ein und ist von Amts wegen zu berücksichtigen, ohne daß es einer Anfechtung von Seiten des Konkursverwalters bedarf.

Da im Augenblick der Aufhebung des Erstkonkursverfahrens der Gemeinschuldner seine freie Verfügungsgewalt zurückerlangt (§ 190 und 192 KO.), und er infolgedessen in der darauffolgenden konkursfreien Zeit grundsetzlich vollwirksame Verfügungen vornehmen darf, so kann der Konkursverwalter des wiederaufgenommenen Konkurses die Unwirksamkeit dieser Verfügungen, auch wenn sie tatsächlich zur Benachteiligung der Gläubiger geführt haben, nicht mehr nach § 7 geltend machen, denn der Konkursbeschlag wirkt ex nunc und nicht ex tunc,[1]) sondern es besteht dann nur eine Anfechtungsmöglichkeit gemäß § 199 KO.[2]), der übrigens keine Neuregelung der Anfechtbarkeit selbst bringt, sondern die Anfechtungsbestimmungen der §§ 29 ff. KO. für den wiederaufgenommenen Konkurs vollständig übernimmt und nur den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung bzw. den Tag der Verurteilung des Gemeinschuldners als maßgebend für die Anfechtbarkeit besonders regelt. Wie die Praxis es uns bei der Konkurseröffnung lehrt, so wird auch vielfach der Gemeinschuldner, der die Wiederaufnahme des Konkurses kommen sieht, vorm Wiederaufnahmebeschluß Vermögensgegenstände beiseite schaffen, oder einigen von ihm bevorzugten Gläubigern damit Befriedigung gewähren und auf diese Art dem Interesse der übrigen Gläubiger entgegenwirken.

---

1) Jaeger § 198 Abs. 2.

2) Vergl. Bleyer § 199, Mentzel § 199 und Wolff § 199.

Der Gültigkeit solcher Handlungen tritt das Gesetz auch im Wiederaufnahmeverfahren entgegen, indem es dem Konkursverwalter die Befugnis gibt nach § 199 in Verbindung mit den §§ 29 ff. KO., die in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkurses vom Gemeinschuldner vorgenommenen, die Konkursgläubiger benachteiligenden Rechtshandlungen, mit der Wirksamkeit anzufechten, daß die aus dem Vermögen des Gemeinschuldners auf diese Weise entzogenen Gegenstände zur Konkursmasse zurückzugewähren sind. (§ 37 KO.)

Bei der Anfechtung im Wiederaufnahmeverfahren tritt an die Stelle des Konkurseröffnungsbeschlusses der Wiederaufnahmebeschluß und an Stelle des Eröffnungsantrages der Antrag auf Wiederaufnahme.

Im Wiederaufnahmeverfahren sind für den Zeitpunkt der Anfechtung aus § 30 zwei Fälle zu unterscheiden: War in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Verfahrens eine erneute Zahlungseinstelluug des Gemeinschuldners erfolgt, dann ist mit dieser Zahlungseinstellung das Erfordernis der Anfechtung gegeben. Da aber die Insolvenz des Schuldners für die Wiederaufnahme vom Gesetz nicht vorgeschrieben ist, wird ihr eine Zahlungseinstellung nicht immer vorangehen, und das Gesetz muß daher einen entsprechenden Ersatzzeitpunkt nennen. Es bestimmt in Ermangelung einer Zahlungseinstellung den Tag des ersten die Verurteilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urteils (§ 199 KO.). Der Entwurf [1]) fingiert den Tag des ersten, die Verurteilung aussprechenden Urteils und nicht den Tag des Eintritts seiner Rechtskraft — so war die Regelung der preußischen Konkursordnung [2]) — als Tag der Zahlungseinstellung, weil ihm der letztere „zu spät und zu wenig erkennbar" erscheint. Wer nun das gegen den Gemeinschuldner wegen betrügerischen Bankerotts ergangene Urteil kennt, wird dem gleichgestellt, der die Zahlungseinstellung kennt, d. h. Rechtshandlungen bei deren Vornahme der Kontrahent von dem Urteil schon wußte, unterliegen der Anfechtung. [3])

Mit dem Wortlaut „der Tag des ersten die Verurteilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urteils" gibt das Gesetz zu erkennen, daß es mehrere aufeinan-

[1]) S. 428.

[2]) Pr. KO. § 207.

[3]) Vergl. Hellmann § 56 und Jäger § 199,1.

derfolgende Urteile voraussetzt, natürlich beruht diese Urteilsmehrheit auf einer Mehrheit von Instanzen, und daß immer der Tag des ersten Urteils als Tag der Zahlungseinstellung anzusehen ist. Kommt z. B. der Prozeß vor die beiden höheren Instanzen und Berufung wie auch Revision werden verworfen, dann ist trotzdem schon der Tag, an dem in erster Instanz das Urteil gefällt wurde, maßgebend; oder wird der Angeklagte in erster Instanz freigesprochen, in der Berufungsinstanz aber verurteilt, und das Revisionsurteil verworfen, so gilt der Tag des Berufungsurteils usw. [1])

Der Tag der Erstverurteilung ist wohl ein geeigneter Zeitpunkt, um an ihn dieselben rechtlichen Wirkungen zu knüpfen als an die Zahlungseinstellung; denn der Strafprozeß wegen betrügerischen Bankerottes ist ein öffentlicher und damit eine Warnung für die Gläubiger — und auf die kommt es an — sich nicht mehr mit dem Gemeinschuldner geschäftlich einzulassen. Ergeht tatsächlich ein die Schuld des Angeklagten bejahendes Urteil, so ist es billig, von dem Augenblick an vom Gemeinschuldner eingegangene und seine Gläubiger benachteiligende Rechtsgeschäfte der Anfechtung zu unterwerfen. Denn das Erfordernis des § 36 KO. „wenn dem andern Teil zu der Zeit als er das Geschäft einging die Zahlungseinstellung (in unserm Falle das ergangene Urteil) bekannt ist" wird in den meisten Fällen erfüllt sein. Die Praxis wird bei Anwendung des § 199 immer berücksichtigen müssen, daß die §§ 29–42 KO. im Interesse der Gläubiger geschaffen sind und daß sie bezwecken, im Falle einer Konkurseröffnung bezw. Wiederaufnahme deren Wirkungen auf einen früheren Zeitpunkt zurückzubeziehen, um das damals vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners wieder herzustellen und damit eine Gleichstellung aller Gläubiger zu erreichen.

§ 199 KO. spricht nur von Anfechtung von Rechtshandlungen, die nach der Aufhebung des Erstkonkurses vorgenommen sind. Über die Anfechtung von Rechtshandlungen vor der Aufhebung schweigt das Gesetz. Auch hier wird man zwei Fälle unterscheiden müssen: nämlich zwischen Rechtshandlungen nach der Eröffnung des Erstkonkurses, die nach § 7 KO. den Konkursgläubigern gegenüber völlig unwirksam sind und solchen vor der Eröffnung des Konkurses, die im Erstkonkurs-

[1]) Siehe auch Mentzel § 199.

verfahren bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen unbedingt der Anfechtung unterliegen. Man muß wohl mit der herrschenden Meinung in der Literatur [1]) annehmen, daß auch eine Weiterverfolgung solcher Rechtshandlungen, die im früheren Konkurs hätten angefochten werden können, bezw. deren Anfechtung wegen Aufhebung des Konkurses nicht zu Ende geführt wurden, im wiederaufgenommenen Konkurs möglich sein muß, da insofern der Grundsatz der Konkursfortsetzung zur Geltung kommt. Jäger [2]) bringt einen abweichenden Standpunkt zum Ausdruck. Er meint, daß die Anfechtung im wiederaufgenommenen Konkurs die in einem selbständigen Neukonkurs wäre, und daß dementsprechend niemals eine Rechtshandlung aus dem Grunde angefochten werden dürfe, weil sie im Erstverfahren anfechtbar gewesen ist. Jäger steht auf dem Standpunkt, daß eine Rechtshandlung für die im Erstkonkurs eine nach den §§ 31, 32 begründete Anfechtung bestand, im Wiederaufnahmeverfahren nur noch angefochten werden dürfe, wenn die Anfechtungsfristen zur Zeit der Wiederaufnahme noch laufen; nur mit diesen Beschränkungen dürften noch nicht beendigte Anfechtungsprozesse des früheren Verfahrens im wiederaufgenommenen Verfahren zu Ende geführt werden. Die Ansicht Jägers, daß sämtliche Voraussetzungen, vor allem die Wahrung der Fristen in den §§ 31, 32, 33 KO. für die Anfechtung im Hauptkonkurse auch im Wiederaufnahmeverfahren vorliegen müssen, würde, praktisch durchgeführt, zu einer Benachteiligung der Gläubiger führen, die den Gesetzesbestimmungen über das Wiederaufnahmeverfahren, die immer nur eine Begünstigung der Altgläubiger erstreben, zuwiderlaufen. Die Fristenwahrung wird meist nicht mehr möglich sein, ist doch seit Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlungen eine geraume Zeit verstrichen: Konkurseröffnung, Konkursbeendigung, konkursfreie Zeit, Strafprozeß wegen betrügerischen Bankerottes, Wiederaufnahmeverfahren. Also wird nach Jäger selten oder nie eine Anfechtung der vor der Eröffnung des Hauptkonkursverfahrens vom Gemeinschuldner vorgenommenen seine Gläubiger benachteiligenden Rechtshandlungen im wiederaufgenommenen Konkurs möglich sein! Wie aber schon erwähnt, kann nur durch die dem Verwalter vom Gesetz gegebene An-

[1]) Vergl. Mentzel § 199; Wilmowski § 199,2.

[2]) § 199,3.

fechtungsmöglichkeit früherer Rechtsgeschäfte das Vermögen des Gemeinschuldners zu Gunsten der Gläubiger aufgebessert werden. Ein Konkursanfechtungsrecht gegenüber Rechtshandlungen aus der Zeit vor der Eröffnung des Hauptkonkurses, muß dem Verwalter auch im wiederaufgenommenen Verfahren noch gegeben sein.

III. Aufrechnungsbefugnisse im Wiederaufnahmeverfahren.

Dieselbe Bestimmung, die § 199 für die Anfechtung von Rechtshandlungen trifft, nämlich daß als Tag der Zahlungseinstellung der Tag des ersten, die Verurteilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urteils anzusehen ist, gilt auch für Aufrechnungsbefugnisse, die in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkurses entstanden sind, soweit nach § 55 Abs. 3 oder § 56 KO. die Zahlungseinstellung eine Rolle spielt. Abgesehen von dieser Regelung im § 199 gelten für die Aufrechnung im Wiederaufnahmeverfahren die Vorschriften der §§ 53 ff KO. über die Aufrechnung im gewöhnlichen Konkurse, z. B. braucht ein Gläubiger der zur Aufrechnung befugt ist — ob er befugt ist entscheidet sich, abgesehen von einigen Besonderheiten des Konkursrechts, nach bürgerlichem Recht, das gewisse Erfordernisse für die Aufrechnung vorschreibt — seine Forderung auch im Wiederaufnahmeverfahren nicht geltend zu machen (§ 53 KO.), sondern er kann sich außerhalb des Konkurses befriedigen, vorausgesetzt, daß seine Forderung wie auch die Forderung des Gemeinschuldners gegen ihn schon zur Zeit des Wiederaufnahmebeschlusses bestanden hat. Unzulässig dagegen ist auch im wiederaufgenommenen Konkurs eine Aufrechnung, wenn jemand nach dem Wiederaufnahmebeschluß etwas zur Masse schuldig geworden ist (§ 55 Abs. 1 KO.) oder eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat (§ 55 Abs. 2 KO.) d. h. mit andern Worten, daß sich die gegenseitigen Forderungen vor der Wiederaufnahme aufrechenbar gegenübergestanden haben müssen. Eine Beschränkung des § 50 bringt außerdem noch § 55 Abs. 3 und zwar für den Fall, daß jemand der dem Gemeinschuldner etwas schuldig war, eine Forderung gegen ihn erworben hat, sei es durch Rechtsgeschäft, durch Rechtsabtretung oder durch Befriedigung

eines Gläubigers und ihm z. Zeit des Erwerbes dieser Forderung eine Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners oder ein Antrag auf Wiederaufnahme des Konkurses gegen ihn bekannt war. Daß in dem Fall des § 55 Abs. 3 der Erwerber kein Aufrechnungsrecht haben soll, wird von den Motiven [1]) folgendermaßen begründet:

> Erfahrungsgemäß sinken infolge der Zahlungseinstellung oder des Antrags auf Konkurseröffnung die Forderungen an den Gemeinschuldner im Werte. Zu wohlfeilen Preisen erwerben sie die Schuldner desselben und entledigen, indem sie die Forderung zum vollen Betrage aufrechnen, sich bequem ihrer Schuld zum Nachteil der Masse; oder sie gewähren einzelnen Gläubigern, deren Forderungen sie übernehmen, unter Gegendiensten Vollzahlung oder Anteil an ihrem Gewinn. Die Ausplünderung der Masse durch solche frivolen Umtriebe einzelner kolludierenden Gläubiger und Schuldner muß von der Gesetzgebung verhindert werden.

Und anders wird es im Wiederaufnahmeverfahren auch nicht sein! Deshalb weist der § 199 indirekt noch einmal auf die Anwendung des § 55 Abs. 3 im wiederaufgenommenen Konkurs hin, indem er sagt, daß als Tag der Zahlungseinstellung der Tag des ersten die Verurteilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urteiles gilt. Kennt jemand also bei Erwerb einer Forderung gegen den Gemeinschuldner dessen Verurteilung wegen betrügerischen Bankerottes, so ist ihm die Aufrechnung wegen dieser Forderung im wiederaufgenommenen Konkurs zu versagen, gleich als ob er von einer Zahlungseinstellung Kenntnis gehabt hätte.

4. Abschnitt.

I. Kollision von Konkurseröffnung und Wiederaufnahme.

Nach erfolgter Verurteilung wegen betrügerischen Bankerotts kann es bei vorliegender Insolvenz des Ge-

[1]) S. 237, 238.

meinschuldners leicht praktisch werden, daß neben einem Antrag auf Wiederaufnahme des Konkurses von einem andern Gläubiger ein Antrag auf Eröffnung eines Neukonkurses gestellt wird. Sind die beiden Anträge bei ein und demselben Gericht eingegangen, so dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß nach dem Präventionsprinzip [1]) der zuerst gestellte Antrag den später vorgetragenen ausschließt. Zu demselben Ergebnis kommt man aber auch, wenn Wiederaufnahmekonkurs und Neukonkurs bei zwei verschiedenen Gerichten beantragt werden, (analog § 71 Abs. 2 KO.) [2]) was wohl möglich sein kann, da der wiederaufgenommene Konkurs beim früheren Konkursgericht beantragt werden muß, für den Neukonkurs ist dagegen das Amtsgericht zuständig, bei dem der Gemeinschuldner zur Zeit des Antrags seine gewerbliche Niederlassung hat. Wie aber ist die Rechtslage, wenn bereits ein Wiederaufnahmeverfahren im Gange ist und währenddessen die Eröffnung eines neuen Konkurses beantragt wird? Um die Antwort vorweg zu nehmen: „Wiederaufnahme und Neueröffnung nebeneinander sind ausgeschlossen". [3]) Wenn daher die Wiederaufnahme schon beschlossen war, ist der Antrag auf Konkurseröffnung abzulehnen, denn da die beiden Konkurse ein und dieselbe Masse, nämlich das jeweilige der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners zum Gegenstand haben, ist praktisch eine Durchführung zweier nebeneinander bestehender Konkurse desselben Rechtssubjektes unmöglich. Diese Auffassung ist auch in der Literatur nicht bestritten, wohl aber die Frage, die den entgegengesetzten Sachverhalt betrifft. Ist einem Antrag auf Wiederaufnahme des früheren Konkurses stattzugeben, wenn bereits ein neueröffneter Konkurs über das Vermögen des Gemeinschuldners geführt wird, sei es, daß die Verurteilung des betrügerischen Schuldners erst nach dem Antrag auf Konkurseröffnung erfolgte, sei es, daß aus andern Gründen vorher kein Wiederaufnahmeantrag gestellt worden war? Ist der Antrag auf Wiederaufnahme des durch Zwangsvergleich beendigten früheren Konkurses abzulehnen, weil der Durchführung des Neukonkurses nichts im Wege steht, zwei Verfahren aber nicht, wie oben begründet, nebeneinander geführt werden

[1]) Hellmann § 38.

[2]) so auch unbestritten in der Literatur.

[3]) Hellmann § 56.

können, oder soll der Antrag auf Wiederaufnahme des alten Konkurses den Vorrang vorm schwebenden Neukonkurs haben und daher dessen Einstellung zur Folge haben? Die Mehrzahl der Kommentare entscheidet sich für Vorrangstellung des Wiederaufnahmeverfahrens, indem sie sagen, daß ein nach rechtskräftiger Verurteilung des Gemeinschuldners gegen ihn neueröffnetes Konkursverfahren aufhören muß in seiner Eigenschaft als selbständiges Verfahren und zur Weiterverhandlung übergehen muß in den wiederaufgenommenen Konkurs, da zwei Verfahren über dieselbe Masse unzulässig sind, das wiederaufgenommene Verfahren aber als eine besonders geartete Fortsetzung des früheren Konkurses als das zeitlich frühere zu gelten hat. [1])

Dagegen stehen Oetker[2]), Fitting[3]) und Jäger[4]) auf dem Standpunkt, daß der Antrag auf Wiederaufnahme des Konkurses abzulehnen sei, wenn inzwischen bereits ein Neukonkurs gegen den Gemeinschuldner eröffnet ist. Will man sich zur einen oder zur andern Auffassung bekennen, so muß man, um zu einer definitiven Entscheidung zu kommen, sich überlegen, wie hätte der Gesetzgeber bei Regelung dieses Falles — übrigens wäre de lege ferenda eine gesetzliche Bestimmung über Kollision von Konkurseröffnung und Wiederaufnahme wünschenswert — gehandelt?

Die KO. will, wie schon oft betont, den durch die Betrügereien des Gemeinschuldners benachteiligten Gläubigern mit der Möglichkeit den früheren Konkurs wiederaufzunehmen, einen Vorteil gewähren. Daraus könnte man schließen, und darauf wird auch die Ansicht von Wilmowski, Petersen-Kleinfeller u. a. beruhen, daß auch bei Zusammentreffen von Neukonkurs und wiederaufgenommenen Konkurs stets dem letzteren die Vorrangstellung zu gewähren ist, haben doch die alten Gläubiger beim wiederaufgenommenen Konkurs Aussicht auf eine höhere Konkursdividende, jedenfalls wenn die Verurteilung des Gemeinschuldners nach Eröffnung des Neukonkurses ergangen ist, da dann für sie der durch den Zwangsvergleich begründete Erlaß aufgehoben ist,

---

[1]) Vgl. Wilmowski § 198,1, Petersen-Kleinfeller § 201 Abs. 2, Wolff § 198 Abs. 2 und v. Sarwey-Bossert § 198, 1 Anm. 4.

[2]) Fragen S. 193.

[3]) § 50 Anm. 9.

[4]) § 198, I, 2.

und sie infolgedessen ihre volle Forderung aus dem Erstkonkurse, soweit sie noch nicht getilgt worden ist, anmelden können. Doch kann in diesem Fall die Rücksichtnahme auf die alten Gläubiger allein nicht maßgebend sein, es muß vielmehr hier besonders die par conditio creditorum zur Geltung kommen, also sowohl alten wie neuen Gläubigern zu ihrem Recht verholfen werden. Würde man daher den Übergang des Neukonkurses in einen wiederaufgenommenen Konkurs befürworten, so würde man die neuen Gläubiger ungerechtfertigterweise benachteiligen, denn ihre Aussicht auf eine gute Konkursdividende wird, da die Altgläubiger im Wiederaufnahmeverfahren ihre volle frühere Forderung und nicht nur ihre Akkordquote anmelden können, jedenfalls bei Verurteilung des Gemeinschuldners nach der Neueröffnung, schlechter. Und wenn das Neukonkursverfahren eingestellt würde? Das Ergebnis wäre dasselbe unbefriedigende, ganz abgesehen davon, daß eine Einstellung des Konkursverfahrens aus solchem Grunde im Gesetz, das in den §§ 202 ff. die Einstellungsgründe erschöpfend nennt, nicht vorgesehen ist.

Ich komme auf Grund dieser Betrachtungen also zu dem Ergebnis, daß der Antrag auf Wiederaufnahme des alten Konkurses bei inzwischen erfolgter Eröffnung eines neuen, vom Gericht abzulehnen ist, da einerseits zwei Verfahren nicht nebeneinander geführt werden können, andererseits aber eine Einstellung des neueröffneten Verfahrens zu Gunsten des wiederaufzunehmenden der in der Konkursordnung vorgeschriebenen Gleichberechtigung aller Gläubiger zuwiderlaufen würde, und obendrein ein Vorrang des Wiederaufnahmeverfahrens dieser Art im Gesetz nicht begründet ist.

II. Wiederaufnahmeverfahren nach inzwischen beendigtem Neukonkurs.

Wie in dem letzten Abschnitt dargelegt wurde, ist es unmöglich, zur selben Zeit gegen den Gemeinschuldner zwei getrennte Konkursverfahren zu führen. Eine neue Streitfrage ergibt sich aber bei der Prüfung, ob ein nach Beendigung des Zwangsvergleichs neueröffnetes und schon erledigtes Konkursverfahren die Wiederaufnahme des früheren in einem späteren Zeitpunkt

zuläßt. Eröffnung eines Neukonkurses nach Beendigung eines Wiederaufnahmeverfahrens ist selbstverständlich zulässig. — Jäger und Seuffert treten übereinstimmend dafür ein, daß auch der Wiederaufnahmebeschluß nach inzwischen erfolgter Einleitung und Beendigung eines Neukonkurses möglich ist, wenn die Verurteilung des Gemeinschuldners erst nach der Erledigung des Zwischenkonkurses erfolgt ist, da die Vergleichsgläubiger im Wiederaufnahmeverfahren dann ihre vollen Konkursforderungen anmelden können, während sie in dem Neukonkurs nur entsprechend ihrer Vergleichsquoten befriedigt sind. Sicher ist diese Ansicht zu verteidigen, aber wichtigere Gegengründe lassen sie nicht bestehen. Z. B. läßt § 199 KO. für die Anfechtung von Rechtshandlungen, die in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkurses vorgenommen sind, als Tag der Zahlungseinstellung, wenn nicht inzwischen eine solche erfolgt ist, den Tag der Urteilsverkündung gegen den Gemeinschuldner gelten. Wie ist es mit dieser Bestimmung, wenn ein Neukonkurs erledigt ist und in diesem alle Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner von der Aufhebung des früheren bis zur Eröffnung des neuen Konkurses vorgenommen hatte, nach den gewöhnlichen Anfechtungsbestimmungen angefochten worden sind? Im wiederaufgenommenen Konkurs wäre dann eine Anfechtung der Handlungen, die von Beendigung des Zweitkonkurses bis zur Wiederaufnahme des Erstkonkurses vom Gemeinschuldner vorgenommen sind, nicht mehr möglich, da § 199 KO. nur für den Fall, daß keine Zahlungseinstellung erfolgt ist, eine solche fingiert und sonst den Tag der Zahlungseinstellung als für die Anfechtung maßgeblich erklärt. Dieser Tag war aber schon entscheidend für die Anfechtung im Zweitkonkurse — also ist eine große Verwirrung im Gange! Noch ein anderer Grund, den Oetker[1]) anführt, läßt die Unzulässigkeit der Wiederaufnahme nach inzwischen beendetem Neukonkurs deutlich erkennen. Da der wiederaufgenommene Konkurs zugleich fortgesetzter Erstkonkurs ist, so wird vorbehaltlich des § 201 Abs 2 KO. — früher geprüfte Forderungen werden nur hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung von neuem geprüft — das Ergebnis der früheren Prüfungsverhandlungen wieder maßgebend. Ist das möglich, wenn in dem vorangegangenen Neukonkurs eine Prüfung derse-

[1]) Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht Bd. 66 S. 201.

den Forderungen stattgefunden hat? Soll rechtskräftige Feststellung, Abweisung der Forderung im Zweitkonkurse für den wiederaufgenommenen Erstkonkurs ignoriert werden, wenn man bedenkt, daß auch der zweite Konkurs durch betrügerische Handlungen des Gemeinschuldners zustande gekommen und auch durch Zwangsvergleich beendigt sein kann, dann wäre demnächst eine Wiederaufnahme dieses Konkurses möglich und es würde in einem wahren „circulus vitiosus" nun wieder die Prüfungsverhandlung im Zweitkonkurse maßgebend sein.

Aus diesen Gesichtspunkten heraus ist es unmöglich, den alten Gläubigern einen Wiederaufnahmeanspruch zuzuerkennen, wenn inzwischen ein Neukonkurs stattgefunden hat.

Ein Diskutieren über diese Frage ist insofern überflüssig, als nach Beendigung eines Zweitkonkurses, der ja das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners ergreifen würde, für ein Wiederaufnahmeverfahren bestimmt keine genügende Masse mehr vorhanden wäre, und eine Ablehnung des Wiederaufnahmeantrags wäre daher allein aus diesem Grunde gewiß.

Schlußbetrachtung.

Wie im Anfang schon darauf hingewiesen wurde, hat sich im Laufe der Abhandlung bei den einzelnen Abschnitten und Erörterungen gezeigt, daß das Wiederaufnahmeverfahren im Konkursrecht besonders interessiert wegen einer Eigenart, die man bei der Wiederaufnahme eines Verfahrens im Zivil- oder Strafprozeßrecht nicht kennt, nämlich wegen seiner „Doppelnatur": es basiert auf einem früheren Verfahren, übernimmt formelle wie auch materielle Prozeßgrundlagen, dieselben Konkursorgane werden tätig usw., und es ist doch keine reine Fortführung des alten Verfahrens, da manche Regelung wie z. B. die Teilnahme der neuen Gläubiger dem widersprechen und das Wiederaufnahmeverfahren insofern auch tatsächlich ein neues Verfahren darstellt.

Aber immer wieder muß betont werden: Der Zweck der Konkurswiederaufnahme ist die Durchführung

des Hauptkonkurses! Das Gesetz will den Gläubigern des durch den Zwangsvergleich beendigten Erstkonkurses die Stellung wieder verschaffen, die sie ohne Abschluß des Zwangsvergleichs und ohne die Betrügereien des Gemeinschuldners im Erstkonkurs hatten.

Literaturangaben.

Auffesz:	Konkursrecht und Konkursverfahren, Leipzig 1899.
Bleyer:	Konkursordnung, 3. Aufl. 1928.
Fitting:	Das Reichskonkursrecht u Konkursverfahren, 3. Aufl. Berlin 1904.
Hahn:	Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881.
Hellmann:	Lehrbuch des deutschen Konkursrechtes, Berlin 1907.
Hullmann:	Konkursordnung nebst dem Einführungsgesetz 1879.
Jäger:	Kommentar zur Konkursordnung, 5. Auflage, Berlin 1914.
Kohler:	Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891.
Kohler:	Leitfaden des deutschen Konkursrechts, Stuttgart, 1903 2. Aufl.
König:	Das Konkursverfahren, Hannover 1879.
Kleinfeller:	Lehrbuch des deutschen Konkursrechtes.
Mentzel:	Kommentar zur Reichskonkursordnung, 3. Aufl. Mannheim 1928.
Petersen-Kleinfeller:	Konkursordnung für das deutsche Reich, 4. Aufl. 1900.
Oetker:	Konkursrechtl. Grundbegriffe 1891
Oetker:	Konkursrechtl. Fragen in der Festschrift der Rostocker Juristenfakultät für Windscheid, Rostock 1888.
Rintelen:	Das Konkursrecht, Halle 1902
Röder:	Der wiederaufgenommene Konkurs, Diss. Halle 1912.
v. Sarwey-Bossert:	Die Konkursordnung für das deutsche Reich, 4. Aufl. Berlin 1901.
Seuffert:	Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899.

Stein-Junker: Grundriß d. Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl. Tübingen 1928.

Stieglitz: Konkursordnung für das deutsche Reich, Tübingen 1879.

Sydow-Busch: Kommentar zur Konk. Ordnung, 11. Aufl. 1911.

Wengler: Konkursordnung für das deutsche Reich, Leipzig 1879.

Willenbücher: Konkursordnung, 3. Aufl. Berlin 1909.

v. Wilmowsky-Kurlbaum: Die deutsche Reichskonkursordnung, Berlin 1906, 6. Aufl.

Wolff: Kommentar zur Konk. Ordnung, 2. Aufl. 1921, Berlin.

Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht 66. Bd. 1910.

Lebenslauf.

Ich wurde am 4. Juli 1908 als Tochter des Kaufmannes Johannes Hempel zu Lübeck geboren. Ich besuchte daselbst die Ernestinenschule, ein Lyceum mit Studienanstalt realgymnasialer Richtung, an der ich Ostern 1927 meine Reifeprüfung ablegte. Darauf studierte ich 8 Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Marburg, Heidelberg, München und Rostock und habe am 25. Februar 1931 das mündliche Doktor-Examen vor der rechtswissenschaftlichen Fakultät in Rostock bestanden.